جواهر الكلام

«في شرح شرائع الإسلام»

تأليف

شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ محمد حسن النجفي

المتوفى سنة ١٢٦٦

الجزء الثالث والعشرون

قوبل بالنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة الأصل المخطوطة

المصححة بقلم المصنف طاب ثراه

حققه و علق عليه

الشيخ علي الاخوندي

طبع على نفقة

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان ١٩٨١

الطبعة السابعة

هوالله تعالى شأنه العزيز

هذا جواهر كهف المسلمين ومن	إذا تصعب أمر عنده هانا
محمد الحسن السامى المقام ومن	طابت سريرته سراً و اعلانا
محيى شريعة طه والذى شهدت	بفضله كل . أهل العلم اذعانا
ومرجع الخلق من عرب و من عجم	خيراً جزاه إله العرش رضوانا
و كعبة للهدى غراء تقصد ها	كل الانام رجالا و ركبانا

كتبها أقل الاقلين و أذل الاذلين

داود بن أبى الحسن بن أبى طالب

الرضوى الهمدانى

سنة ١٢٥٦هـ

وجدناهذه الابيات مكتوبة وراء صفحته الاولى

من نسخة الاصل فأردنا إثباتها تذكاراً

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطيبين الغر الميامين

الفصل الثالث

مما بني عليه كتاب التجارة ﴿ في الخيار ﴾ الذى هو بمعنى الخيرة أى المشيئة فى ترجيح أحد الطرفين ، إلا أن المراد به هنا ملك اقرار العقد وازالته . بعد وقوعه مدة معلومة ، ولا ريب في ثبوته فى الجملة ، بل هوكالضروري ، وإن كان الأصل فى البيع اللزوم ، أي بناؤه عليه لاعلى الجواز وإن ثبت فى بعض أفراده و فى جامع المقاصد أو أن الأرجح فيه ذلك ، نظراً إلى أن أكثر أفراده عليه ، ومراده أن الأصل حينئذ بمعنى الراجح ، كما أن مرجع الأول إلى ما يناسب المعنى اللغوي ويمكن كونه بمعنى القاعدة ، أما الاستصحاب فبعيد إلا بتكلف نعم هو دليله مضافاً إلى الاية (١) فى وجه وظاهر النصوص (٢) : ﴿ والنظر فى أقسامه و أحكامه ، أما أقسامه ﴾ فقد ذكر المصنف هنا منها ﴿ خمسة ﴾ و اخر سبعة ، وثالث ، ثمانية ، ورابع ؛ أربعة عشر . وليس ذلك خلافاً وانما هو مجرد جمع واستقصاء . ﴿ الأول خيار المجلس ﴾ اي عدم التفرق حقيقة عرفية أو تجوزا فى بعض أفراد الحقيقة ، لعدم اعتبار محل الجلوس فى هذا الخيار ، بل و لامكان العقد فى شىء من النصوص و الفتاوى ،

١ـ سورة المائدة الاية ١ ، (٢) الوسائل الباب ١و٥ من ابواب الخيار.

﴿و﴾ حينئذ ﴿إذا حصل الايجاب و القبول إنعقد البيع و﴾ كان ﴿لكل من المتبايعين خيار الفسخ ما داما في المجلس﴾ أي لم يتفرقا ، إجماعاً منا بقسميه ، ونصوصاً مستفيضة أو متواترة . منها ـ قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن مسلم وصحيح زرارة (١) عن رسول الله صلى الله عليه و آله « البيعان بالخيار حتى يفترقا » وقوله عليه السلام في صحيح الفضيل(٢) لما قال له ما الشرط في غير الحيوان : « البيعان بالخيار مالم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما » وفي صحيح الحلبي (٣) « أيما رجل إشترى بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا فاذا افترقا وجب البيع » و في صحيح عمر بن يزيد (٤) « قال رسول الله صلى الله عليه و آله : إذا التاجران صدقا بورك لهما و إذا كذبا وخانا لم يبارك لهما وهما بالخيار مالم يفترقا فان اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتتاركا » إلى غير ذلك من النصوص التي لابأس بدعوى تواترها .

فما في خبر غياث (٥) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام «قال : قال : إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا » مطرح اومحمول على اشتراط السقوط . أو على إرادة حصول الملك ، أوعلى الافتراق البعيد ، أو غيرذلك ، والأجود حمله على التقية من أبي حنيفة وأتباعه في هذه الفتوى الملعونة التي أقدم فيها على خلاف رسول الله ﷺ و آله على علم منه ، ولذاعدت في مطاعنه، وإطلاق النص والفتوى شامل لكل من المالكين، ومن في حكمهما والوكيلين والمختلفين بل في الرياض ثبوته للمتبايعين سواء كان العقد لهما اولغيرهما أوعلى

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ١و٢
(٢)و(٣) الوسائل - الباب ١ـ من ابواب الخيار الحديث٣و٤
(٤) و (٥) الوسائل الباب ١ ـ من ابواب الخيار الحديث ٦ و٧

التفريق على بعض الوجوه بالاجماع القطعي ، والمستفيض الحكاية ، و إن كان فيه نوع مناقشة ، إلا أن الوجه في ذلك واضح للصدق ، سواء قلنا بأن البيع هو الصيغة ، أو النقل ، أو الانتقال ، فالبايعان المتلبسان بالصيغة ، أو الناقلان ، أو موجداسبب الانتقال ، و الكل صادق على الكل فثبوته حينئذ للوكيلين من الشرع باعتبار الصدق المزبور والتبعية ، كما صرح به في الحدائق ، لامن نص الموكل وإذنه فيه ، بل قد يتوقف في ثبوته لهما مع حضور هما معهما ، لعدم الصدق إلا توسعاً ، ولذا يقال عندالتحقيق : ما باعا وإنما باع وكيلهما ، بل مال اليه في الحدائق اللهم الا أن يدعى ثبوت الخيار لهما باعتباركونه حقاً متعلقاً في مالهما فيتبعه في الانتقال اليهما ، الا أن ذلك لا ينافي ثبوته للوكيلين مع ذلك ،ومال اليه في المسالك و المحكى عن التذكرة ، بل لعل مدته حينئذ افتراق الوكيلين لاافتراقهما الذي لم يجعل غاية في شيء من النصوص بعد فرض كونهما غير بيعين ، وليس هذااختلافاً بين الضمير ومرجعه ، اذليس ثبوت الخيار لهما من الخبر المزبور كي يرد ذلك ، بل لماقلناه وهو يقتضي فرعيته على ما للوكيلين فيتبعه حينئذ فتأمل هذا .

ولكن في المسالك بعد اعترافه أن اطلاق المتن يقتضي التعميم المزبور وأن العرف يشهد على الصدق المذكور في الوكيلين قال : « لكن الحكم في المالكين واضح ، وأما الوكيلان فان لم ينص لهما الموكل على الخيارلم يكن لهما الفسخ . فينتفي الحكم عنهما ، و ان وكلهما فيه ، فان كان قبل العقد بني على التوكيل فيما لايملكه الموكل هل يصح بوجه حينئذ أم لاوسيأتي في بابه انشاء الله فان لم نجوزه لم يكن لهما ذلك أيضاً ، وان جوزناه ، أوكان التوكيل فيه بعد العقد في المجلس كان لهما الخيار مالم يفترقا ، عملا باطلاق الخبر ، وهل يثبت مع ذلك للموكلين اذا حضرا

المجلس قيل : نعم لأن الخيار لهما بالأصالة ، و لأنهما بيعان عرفاً ، إذ يصدق على البايع عرفاً أنه باع متاعه إذاكان قد وكل في بيعه وباعه الوكيل ، وكذاالمشتري ، ويحتمل العدملأنهما ليسا بايعين بمعنى موقعي الصيغة ، و لاناقلين للملك إنما أوقعها و نقله الوكيلان ، ويحتمل أن لايكون الخيار إلا لهما لانهما المالكان حقيقة المستحقان للخيار إذ الأصلفي الوكيلينانلايستحقان خياراً ، ولا يتناولهما الخبر ثم على تقدير ثبوت الخيار للجميع أو للمالكين فهل المعتبر تفرق الوكيلين أم المالكين أم الجميعكل محتمل ،و يشكل بسبب ضمير تفرقا في بعض الموارد ، ومن ثم قيل : ان المراد بهما المالكان والضمير لهما ، ودخول الوكيلين فيالحكم بأمر خارج ، والوجه ثبوتهلكل واحد منهما و اعتبار تفرقكل فيخيار نفسه لا فيخيار الاخر ، و المسألة من المشكلات » وكأنه أشار بقوله أخيراً قيل : إلى مافي جامع المقاصد في مسألة ثبوت الخيار مع اتحاد الموجب والقابل .

قال : « و الذي يجب أن يحقق في معنى الحديث أن البيعين ان أريد بهما العاقدان لأنفسهما لم يعم الوكيلين ولا الموكلين ، و إن أريد بهما مالك المبيع ومالك الثمن لم يطابق أول الحديث إلا إذا كان المالكان هما العاقدين لأن قوله مالم يفترقا لايصدق فيالمالكين إذا كان العاقد غيرهما ، لانه يصير معناه حينئذ البيّعان بالخيار مالم يفترق المتعاقدان . و هو غير ظاهر ، إلا أن يدعى وجود القرينة الدالة على مرجع هذا الضمير وهي ذكرالافتراق المقتضي بسبق الاجتماع للعقد ، أو يقال : ان الحديث دال على حكمالمالكين المتعاقدين لأنه الغالب ، و حكم ما إذا كان العاقد وكيلا هما يستفاد من أمر خارج » قلت : قديصعب إقامة دليل معتبر على ثبوته للوكيلين صالح لقطع أصالة اللزوم مع فرض عدم ارادتهما من لفظ الحديث ، و لذا قال

فی الحدائق : ما سمعت ، ومقتضاه أن لایحتاج معه إلی نصّ الموكل بل لاعبرة بمنعه فی وجه ، ولا یخفی علیك ما فی قوله وإن جوزناه الخ ، ضرورة أنه إذاكان مستند خیارهما التوكیل لا لفظ الحدیث لم یتجه تأجیله بالافتراق الذي هوأجل للخیار الشرعی الثابت للبیعین ، ولا فرق بین توكیلهما وتوكیل أجنبی . اللهم إلا أن یدعیكون المراد أن البیعین بالخیار ولو من اذن الموكل مالم یفترقا . وهوكما تری ، وماتسمعه فی آخر المبحث ، و من الغریب قوله و هل یثبت مع ذلك الی آخره إذاكان المراد باسم الاشارة ما ذكره من صورتی ثبوت الخیار لهما . تجویز التوكیل قبل العقد أو فرض وقوعه بعده ، إذ لاوجه حینئذ لاحتمال عدم الخیار لهما ، بعد أنكان التوكیل فیه مقتضیاً لثبوته لهما ، و الوكالة في شيء لاتزیل تسلط الموكل ، و كذا لاوجه لعدم الخیار للوكیلین مع فرض أنهما قد وكلا فیه ، بل لاوجه لجمیع ما ماذكره بعد ذلك ، ویمكن أن یرید باسم الاشارة ماذكره أولا من اقتضاء الاطلاق ثبوته للوكیلین ، ویكون الاحتمالات حینئذ لحال اجتماع حضور المالكین معهما خاصة ، لا إذا لم یجتمعا ، فان الخیار للوكیلین حینئذ علی مقتضی الاطلاق المزبور ، أویقال: ان المراد ثبوت الخیار لهما من حیث حضور هما مضافاً إلی ثبوته لهما من جهة عقد الوكیلین ، فیكون لهما الخیار من جهتین احدیهما من حیث اجتماع الوكیلین ، و یبطله تفرقهما ، والثانیة من جهة حضور هما ، ویبطله تفرقهما دون الوكیلین ، بل الظاهر أن مراده ذلك و إن كان فیه مافیه ، ولا یخفی علیك أیضاً ما فی قوله ثم الخ ؛ كقوله و الوجه معما سلف ، و بالجملة كلامه أشكل من المسألة ، هذا كله . ولكن الانصاف ـ إن لم یكن اجماع ـ عدم ثبوته للوكیلین إلا بالتوكیل فیه لا إصالة ، والخبر حینئذ إنما هو فی البیعین الموجب اجتماعهما فیه فی

مجلس العقد للخيار و تفرقهما سقوطه ، وثبوته للمالكين فيعقدالوكيلين إنما هولما دل من تنزيل عبارة الوكيل منزلة عبارة الموكل المقتضى ثبوت الخيار للموكلين ، اجراء لحكم عقدهما على العقد من و كيلهما بالتنزيل المزبور ، ولكن يسقطه تفرق الوكيلين باعتبار ظهور دليل الخيار في اعتبار دوام مجلس العقد ، سواء كان منهما أو من وكيلهما ، ومع تفرق الوكيلين لم يثبت الخيار باعتبار فوات مجلس العقد الذى لا دليل على تنزيل مجلس الموكل منزلته ، كي يكون المدار عليه لا على مجلسعقد الوكيلين ، فان عمومات الوكالة لا تقتضى ذلك ، و حينئذ فلا اختلاف فى مرجع الضمير فى البيعين بعد أنكان مورده غير الوكيلين ، و إنما ثبت الخيار للموكلين فى بيعهما من الطريق الذي ذكرنا لا من الخبر ، أويقال ان المراد بكون البيعين بالخيار كونهما مع الخيار ، و إن كان ثبوته لمن له العقد ، بلو أريد كونه لهماكان نحو قولهم الخيار في الحيوان للمشترى مثلا الشامل للوكيل مع أن من المعلوم كونه للموكل ، كما هو واضح ، وحينئذ فلايكون اختلاف بين الضمير ومرجعه وعلى تقديره فهو للقرينة .

ومن ذلك يظهر لك الوجه فيما سمعته من كلام جامع المقاصد فلاحظ وتأمل وتدبر .

فان ذلك هو التحقيق الذي لا ينبغي المحيص عنه في المسألة ، وحاصله ثبوته للمالكين في عقد الوكيلين حضرا معهما أولم يحضرا ، ويسقطه تفرق الوكيلين ؛ نعم لوكانا وكيلين على مجرد اجراء الصيغة ، وقلنا بصحته . وكان الأصيلان حاضرين أمكن كون المدار على تفرقهما دون الوكيلين ، لصدق البيعين عليهما دونهما ،و يحتمل كونه كالأول لكون الوكالة فيه مشتملة أيضاً على انشاء النقل وقصده ، فهما كالمستقلين

من هذه الجهة ، و أما الوليان فالخيار للمولى عليه أيضاً ولكن للوليين النظر فيه ، لعموم الولاية ، وكيف كان فالفضوليان غير بايعين بناء على ما هو التحقيق من أنه النقل ، سواء قلنا بأن الاجازة كاشفة ، أو ناقلة فلا خيار في عقد هما حينئذ ،نعم قد يحتمل خصوصاً على النقل دوران ثبوته على مجلس الاجازة إذا فرض اجتماعهما فيه ، ويحتمل سقوط الخيار هنا من أصله ، ويحتمل كونهما كالوكيلين لأنهما ناقلان أيضاً و إن كان مشروطاً بالرضا ولايخلو من قوة .

﴿و﴾ على كل حال ف ﴿ لوضرب بينهما حائل ﴾ أو حفر نهر لايتخطى أو نحو ذلك مع بقائهما على حال العقد ﴿ لم يبطل الخيار ﴾ قطعاً ، لعدم صدق التفرق به سواء كان غليظاً أو رقيقاً ثوباً أو جداراً من طين أوجص، بلا خلاف أجده بيننا بل وبين غيرنا ، عداما في التذكرة عن الشافعية في الأخير قولان : أصحهماعدم السقوط، قال : و الحقه الجويني بما إذا حمل أحد هما و أخرج ، لكن في المسالك انه نبه المصنف بما ذكره على خلاف بعض العامة حيث أبطله ولعله يريد ما سمعت والأمر سهل.

﴿وكذا﴾ لم يبطل ﴿ لواكرها ﴾ معاً ﴿ على التفرق ﴾ باختيار هما أم لا ، بلا خلاف أجده ، بل في الغنية وعن تعليق الشرايع الاجماع عليه، للاصل بعد تبادر الاختيار من النصوص ، ولذا يصح في التحقيق أن يقال لم يفترقا ، ولكن فرقا ، معتضداً بأنه شرع للارفاق المفقود مع الاجبار ، و بما في صحيح الفضيل السابق (١) من الاشعار ، بل لو أريد منه بعد الرضا منهما بالافتراق كان نصافي المطلوب ، ﴿و﴾ بغير ذلك فماعساه يظهر من بعض متأخري المتأخرين من نوع توقف فيه في غيرمحله ؛ سيما إذا كان الاكراه رافعاً للاختيار من رأسه.

---

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث٣

نعم قد اشترط جماعة بما إذا ﴿لم يتمكنا﴾ مع ذلك ﴿ من التخاير﴾ أي اختيار الفسخ أو العمل على مقتضى الخيار ، بأن سد أفواههما أوهدد عليه ، بل صرح في الروضة وغيرها بلزوم العقد مع تمكنهما منه ولم يختارا وإن أكرها على التفرق ، وفيه ان ترك اختيار الفسخ مع التمكن منه بعدالاكراه على الافتراق الذي نزله الشارع منه منزلة العدم بالنسبة إلى الاسقاط كالسكوت في المجلس - لا دلالة فيه عليه ـ ولاوضع شرعاً له كما هو واضح ، و لوأكره أحد هما على المفارقة فان أكره الاخرعلى المكث كانا معاً مكرهين ، و إلافقد يظهر من تعليق عدم البطلان في المتن والمحكي عن الشيخ وغيرهما على اكراههما معاً البطلان فيه حتى في حق المكره .

ومثله لو حبس أحد هما وفارقه الاخر اختياراً ، ولعله لماتعرف من سقوطه في حال الاختيار بتخطي أحد هما عن الاخر و هو موجود في الفرض ، فلا يقدح اكراه الثاني، وفيه صدق المفارقة باختيارهما معاً في الأول ، و إن كان المتخطي واحداً والاخر اختار المكث على المصاحبة، كما أن الأول اختار التخطي على المكث مع صاحبه ، بخلاف ما نحن فيه الذي يمكن لولا الاكراه لجلس معه في الأول و صاحبه في الثاني ، والمدار في السقوط التفرق المستند إلى اختيار هما معاً، لأنه المتبادر من النصوص ، حتى صحيح فضيل السابق ، و الموافق لاصالة بقاء الخيار ، بل قيل : أنه مقتضى اجماع الغنية ، المعتضد بفتوى جماعة منهم الشهيد الثاني والمحقق الثاني في الروضة و جامع المقاصد بل لم أقف على الفتوى صريحاً في الاكتفاء بذلك ؛ فيما عدا القواعد قال : «ولو حمل أحد هما و منع من الاختيار لم يسقط خياره على إشكال . أما الثابت فان منع من التخاير أو المصاحبة لم يسقط ، و إلا فالأقرب سقوطه فيسقط خيار الأول » وفيه ـ مع منافاة اشكاله هنا لما جزم به

قبل ذلك من بقاء الخيار لو أكرها على التفرق ـ بل ولما جزم به أيضاً في الثابت لأن التفرق إن كان صادقاً سقط خيار هما معاً وإن انتفى أو شك فيه فهو كذلك فيهما ـ أنك قد عرفت عدم السقوط فيهما في الأخير فضلا عن سابقه لعدم تحقق التفرق المستند إلى اختيارهما معاً وهو المدار كما عرفت ، ومنه يعلم ضعف احتمال بقاء خيار المكره خاصة، وإن كان هو اقوى مما استقربه، بل هو ظاهره أو صريحه في التذكرة فلاحظ وتأمل ، ولو زال الاكراه ففي فورية الخيار وتراخيه إلى حصول الافتراق قولان ، أقواهما الثاني ، للاصل ولأن خيار المجلس موضوع على التراخي وهذا منه اوبدل عنه ، بل إن لم يقم إجماع على أن غاية الافتراق بعد الزوال ، أمكن القول ببقائه مطلقاً في بعض الصور التي لم يبق معها بعد الزوال صدق الافتراق فيكون الخيار حينئذ ثابتاً بقوله البيعان الخ ، ولم تحصل الغاية حال امكانها وبعد الاكراه لم يبق لها مصداق فتأمل جيداً

ولو زال الاكراه و هو مار ففي التذكرة انقطع خياره ببقائه سائراً قال : «وليس عليه الانقلاب إلى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الاخر إن طال الزمان ، و إن لم يطل ففيه احتمال عند الجويني» قلت :لاريب في ضعفه لعدم الدليل على الوجوب في الفرض ، كما أنه لادليل على تحري الأقصر لو أراد العود ، و لاتضر مفارقته مجلس الزوال له ، فمن التأمل فيما ذكرنا يظهر لك الحال في كثير من الفروع المتصورة في المقام منها ـ مالو تناديا بالبيع في سفينتين مثلا ففرقتهما الريح التي لايتمكنا من الاصطحاب معها ، فان الظاهر كما في جامع المقاصد عدم السقوط أيضاً كالاكراه ، بل قال : « لو دهشا فلم يختارا حينئذ ففي السقوط نظر والله أعلم».

﴿و﴾ كذا ﴿يسقط﴾ الخيار ﴿باشتراط سقوطه﴾ منهما أو من أحدهما بلاخلاف أجده فيه ، بل في الغنية الاجماع عليه لأصالة اللزوم مع الشك في تناول

الأدلة له ، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود (١) وصحيح «المؤمنون عند شروطهم »(٢) الذي هو أرجح معادل على الخيار من وجوه فيحكم عليه و إن كان التعارض من وجه ، وليس الخيار من مقتضى العقد ، بل هو مقتضى اطلاقه ، بل قد يقال : إنه ليس من مقتضياته أصلا ، بل هو حكم شرعي ثبت للعاقدين على انه أولى من اشتراط الخيار في العقد ، والمراد من المتن وغيره مماعدفيه ذلك أحدالأمور الأربعة المسقطة للخيارسقوطه بنفس الشرط ، لااشتراط الاسقاط الذى يحصل بأحد مسقطاته ، إذليس هوحينئذ اسقاطاً بالشرط ، بل اقصاه استحقاق الاسقاط عليه ، فان لم يف له به تسلط على الخياركباقي الشرايط ، وليس مما نحن فيه ، كما أن اشتراطه بالمعنى الذي ذكرناه أولا لايرجع إلى نفي استحقاق ثبوت الخيار شرعاً كي يكون باطلا ، بل مرجعه إلى ايجاب اختيار لزوم العقد عليه ، فمع قبوله كذلك لابأس به ، و عدم حصوله إلا بعد تمام العقد لاينافي اشتراط سقوطه عند حصول سببه ، فما عن بعض الشافعية من عدم صحة هذا الشرطكخيار الشفعةلاريب في بطلانه .

كل ذلك مع الشرط ﴿ في العقد ﴾ أما قبله فلا يلزم كغيره من الشروط الخارجية،للاصل ، بعد القطع بعدم ارادته من قوله : « المؤمنون عند شروطهم » لأن المراد منه مايلتزمونه بالملزم الشرعي وإلا لوجب الوفاء بكل كلام يقع بينهم من الوعد وغيره ، و هو معلوم البطلان ، قيل : و إليه أومأ في جملة من النصوص (٣) في النكاح التي هي بفحواها أو عمومها شاهدة على المقام أيضاً خلافاً لظاهر المحكي عن الخلاف و الجواهر فأوجبه به . وهو ممكن التنزيل

---

(١) سورة المائدة الاية ١ .

(٢) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٣ .

(٣) الوسائل الباب ٣٣ من أبواب المتعة و ٢٠ من أبواب المهور

على صورة بناء العقد عليه لاما إذا وقع سابقاً من دون بناء .

ومن الغريب مافي الرياض من أن قول الشيخ غير بعيد ، لولا نصوص النكاح ، للشك في شمول دليل الخيار، إذفيه أنه لاشك بعد القطع بصدق البيعين عليهما ، والدليل غير منحصر في المتيقن كما هوواضح والله أعلم ﴿ و ﴾ كذا يسقط الخيار ﴿ بمفارقة كل منهما صاحبه ﴾ إجماعاً بقسميه ونصوصاً مستفيضة أو متواترة (١) وتحصل ببعد أحدهما عن صاحبه ﴿ و لو بخطوة ﴾ بلا خلاف يعتد به أجده فيه ، لعدم تحديدها بالشرع فيكتفى بمسماها المتحقق بالخطوة قطعاً، بل هي في كلامهم مثال لمطلق البعد بينهما زائداً على ماكان حال العقد ،ولا ينافي ذلك صحيح الخطى (٢) الذى لايأبى حصوله بمادونها .

بل قد يستفاد منه ارادة المعنى اللغوى من الافتراق ، بناء على أن له معنى عرفياً لايتحقق بالخطوة و نحوها بل في الرياض « لولا المعتبرة المستفيضة التي منها الصحيح المزبور ، لأشكل إثبات اللزوم وسقوط الخيار بالافتراق بنحو من الخطوة باطلاق مفهوم نصوص الافتراق ، لاختصاصها بحكم التبادر في الافتراق المعتد به الغير الصادق على الافتراق بنحو الخطوة عرفاً و عادة » وإن كان قد يناقش فيه بمنع عدم الصدق عليه عندالتحقيق لاالتوسع المبنى على تنزيل القليل منزلة العدم ، بل الشك كاف لاصالة عدم النقل إلى معنى جديد، وبأنه لا تعرض في المعتبرة للخطوة إذ في صحيح الحلبي (٣) عن الصادق عليه السلام « ان أباه اشترى أرضاً يقال لها العريض فلما استوجبها قام فمضى فقال له : ياابه لم عجلت ؟ فأجابه بأني أردت أن يجب البيع » ونحوه غيره ولادلالة فيه على أنه كان خطوة أو أكثر ولا إطلاق فيه ، نعم في صحيح ابن مسلم (٤)

---

(١)و(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الخيار الحديث٣

(٣)و(٤) الوسائل الباب ٢ من أبواب الخيار الحديث١و٢

عن الباقر عليه السلام « بايعت رجلا فلما بايعته قمت فمشيت خطأ ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا » ، وهو مع أنه ليس فيه خطوة ، حكاية فعل لا إطلاق فيه ولم يعلم حاله ، فالعمدة حينئذ ما ذكرنا معتضداً بفتوى الأصحاب ، وببعض ما يستفاد منه المراد بالمجلس من نصوص الصرف (١) فلاحظ و تأمل.

وعلى كل حال فظاهر النص والفتوى عدم اعتبار قصد الاسقاط بالافتراق فلا فرق فيه بين حصوله من الجاهلين أو العالمين أوالمختلفين، ولابين الناسيين للبيع أوالخيار وغيرهما ، ولابين الافتراق لـه أو لغرض آخـر ، و فعـل الباقر عليه السلام لا يقتضي حصر الاسقاط به ، فما عساه يتوهم من عبارة الحدائق من اعتبار ذلك في غيرمحله ، ومنه يعلم أنه لايعتبر دلالته عرفاً على الرضا ، و إن كان قديتوهم من صحيح الفضيل (٢)

نعم صريح الصحاح المزبورة حصول افتراقهما بما ذكرناه من انتقال الواحد ؛ ولايشترط ذلك منهماكما أوضحناه فيما تقدم ، وكذا لا فرق عندنا بين قرب المكانين وبعدهما ، حتى لو تساويا من مكان بعيد اعتبر التفرق من مكانهما لسقوط الخيار ؛ وعن بعض العامة أسقاطه لمقارنة المسقط ولاريب في سقوطه ، أما إذا لم يحصل مسماه كمـا لو مشيا مصطحبين أوتقاربا أونحوذلك لم يسقط الخيار ، ولوهرب أحدهما ففارق الاخـر ولو بخطوة اختياراً ، عالمين أوجاهلين أومختلفين ، ففي القواعد وجامع المقاصد السقوط أيضاً ، بل في الأخير و إن فعل ذلك حيلة في لزوم العقد ، و هولا يخلو من نظر إذا لم يحصل صدق التفرق باختيار همـا ، والله أعلم.

﴿ و ﴾ كذا يسقط الخيار في العقد ﴿ بايجابهما إياه أو أحد هما و رضا

(١) الوسائل - الباب ٢ - من ابواب الصرف الحديث ١ و٣ و٨

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٣

الآخر» وهو المسمى بالتخاير ، وصورته أن يقولا اخترنـا العقد أو الزمناه أو اسقطنا الخيار أو نحو ذلك ، مما يدل على اختيار لزوم العقد والرضا به ، ولا يختص به، بل كل ما دل على الرضا فهو كاف ، ولذا لزم بالايجاب من أحدهما مع رضا الاخر ، و على كل حال فالسقوط بذلك مما لا خلاف فيه، بل في الغنية والتذكرة و محكي الخلاف الاجماع عليه، بل و لا إشكال ، ضرورة معلومية كون الخيار مما يسقط بالاسقاط ، و أن المدار في لزوم العقد على مايدل على الرضا من الأفعال ، فضلا عن الأقوال ، كما أومأ إليه في صحيح الفضيل وبعض نصوص خيار الحيوان (١) و غيره ، ولما قيل من أن فسخ اللازم بالتقايل يقتضي لزوم الجايز بالتخاير ، ولأنه سقط بالافتراق ، لدلالته على الرضاء ، والتخاير صريح فيه، وإن كان فيه نوع تأمل ، وفحوى خبر السكوني (٢) عن الصادق عليه السلام « أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً شرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه فقال : ليشهد أنه قد رضيه أو استوجبه ، ثم ليبعه إن شاء فان أقام في السوق ولم يبع فقد وجب عليه » ونحوه خبر الحلبي والشحام (٣)

لكن في الحدائق « ولقائل ان يقول ان ذلك لايزيد على مـا يقتضيه العقد مـن اللزوم ، و أقصاه التأكيد ، و نصوص الخيار مطلقاً شاملة للعقد المؤكد وغيره ، ضرورة صدق عدم الافتراق معه وهو مدار بقاء الخيار ، إلا أن يقال ان هـذه الألفاظ في قوة اشتراط سقوط الخيـار فيـرجـع إليه » و هـو مـن غـرائب الكـلام إذ الفرق بينه و بين الشرط في متن العقد واضح، كوضوح أن المراد به مادل على اسقاط الخيار لا مادل على أصل

---

(١) الوسائل الباب ١ و٢ من أبواب الخيار .

(٢) و(٣) الوسائل الباب ١٢ - من ابواب الخيار الحديث ١ و٢ و٣

وقوع العقد الذي مقتضاه اللزوم.

﴿ ولو التزم أحدهما ﴾ به ﴿ سقط خياره ﴾ لما عرفت ﴿ دون صاحبه ﴾ لاصالة بقائه ، وعدم ارتباط أحدهما بالآخر ، وكونهما بالتفرق كذلك بناء على ما قلناه لايقتضي مساواة غيره له كما هو واضح ، والتثنية في ثبوت الخيار لهما بعد معلومية ارادة ثبوته لكل منهماكما أومأ إليه في صحيح الفضيل المتضمن رضاهمامعاً ،لايقتضي الارتباط.

﴿ولو خيّر﴾ أحدهما الآخر بأن قال له : اختر﴿ فسكت فخيار الساكت باق﴾ اجماعاً ، للاصل وإطلاق الأدلة ، والسكوت أعم من الرضا ، نعم لو اقترن بما يدل عليه سقط كما ستعرف ،﴿وكذا ﴾ خيار ﴿ الآخر ﴾ لان أمره بالخيار لخصوص المأمور أو لهما معاً لايدل على اسقاط خيار نفسه باحدى الدلالات ، ﴿وقيل فيه﴾ ولكن لم نعرف القائل و إن نسب إلى الشيخ إلا أن المحكي عن مبسوطه وخلافه خلاف الحكاية ﴿يسقط﴾ للنبوي(١)« البيعان بالخيار مالم يفترقا أو يقل لصاحبه اختر» ﴿والأول أشبه﴾ لما عرفت؛ وعدم ثبوت هذه الزيادة من طرقنا، مع أن مقتضاها سقوط خيارهما معاً، ولعله لذا حملها في المختلف على ما إذا خيره فاختار اللزوم ، لكن في الحدائق «إن فيه مالا يخفى،لأن محل الكلام إنما هو المخير بصيغة اسم الفاعل و ان تخييره لصاحبه يدل على اختياره الامساك وظاهر كلامه ان الذى اختار إنما هو المخير بصيغة أسم المفعول ، و هو ليس محل البحث » وفيه أنه صرح الشيخ ، وابن زهرة والعلامة والشهيد وغيرهم على ماحكي عن البعض بأنه لوقال أحدهما لصاحبه اختر فاختار الامضاء بطل الخياران ، أما لو سكت فهو ما نحن فيه ، بل قد استدل بعض الاساطين للسقوط بأنه ملك

---

(١) المستدرك ج ٢ص ٢٧٣

صاحبه ماملكه من الخيار ، وإن كان فيه منع دلالة التخيير على التمليك ، ولو قصد سقط خياره ،كماصرح بهفي التذكرة وإن سكت‌المخير بالفتح‌كما أنه لايسقط وإن أمضى المأمور إذاكان القصد الاستكشاف ، أما إذا قصد التفويض سقط مع الامضاء ، دون السكوت ، قيل : وهو الظاهر من‌التخيير ، ولذا فرقوابين السكوت والامضاء ، ولو سلم عدم الظهور فهو أعم من التمليك قطعا ، فلا يحكم بالسقوط بمجرده ، ولوصرح‌بالمتعلق‌فان قال : اختر‌الامضاءفالحكم‌كمالواطلق،ولوقال: اختر الفسخ فخيار‌الاخر باق و إن أمضى المخير ، و ظاهر‌الدروس سقوطه وهو بعيد .

ثم إنه قد يظهر من اقتصار المصنف و غيره على ماذكر من المسقطات عدم سقوطه بغيرذلك حتى التصرف ، بل‌هو كالصريح منه فيما يأتي ، بل قصره في الغنية والمحكي عن المبسوط وابني سعيد و ادريس في موضع من السرائر على التفرق والتخاير ، بل‌عن‌جماعةقصره على‌الأول ، لكن صرح‌جماعة من‌المتأخرين- بل الظاهر عدم الخلاف فيه بينهم كما اعترف‌به بعض‌الاساطين - بسقوط خيار المشتري بالتصرف في المبيع ، بل حكاه بعضهم عن خلاف الشيخ ، و الكافي و الجواهر و السرائر أيضا ، بل عن الاول انه نقل اجماع الفرقة على أن المشترى متى تصرف في المبيع سقط خياره ، قال : وورد الاخبار بهعنهم عليهم السلام‌مشيراً بذلك إلى ما أورده في‌كتاب الحديث ، إلا أنه لم نجد ما يدل على ابطال التصرف لمطلق الخيار بعد الاجماع المزبور المؤيد بتخصيص الاصحاب خيار‌الغبن بالبقاء مع‌التصرف من‌بين‌الخيارات ، مع‌احتمال‌ارادتهم فيه ايضاما قبل ظهور الغبن وثبوت الخيار ، فلا تخصيص‌حينئذ لذلك إلا ماقيل من التعليل بالرضا المستفاد من صحيح الفضيل السابق (١) وصحيح ابن رياب في خيار الحيوان (٢) ، و فيه فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة فذلك رضاً منه فلا شرط له ، و منه

---

(١) الوسائل الباب ١ من‌أبواب الخيار‌الحديث٣

(٢) الوسائل الباب ٣ من‌أبواب الخيار الحديث١

يظهر الوجه في سقوط خيار البايع لو تصرف بالثمن المعين ، للاشتراك بالعلة و هي الدلالة على الرضاء بالبيع .

أما ماذكروه فيما لوانعكس الأمر- فتصرف البايع في المبيع أو المشترى في الثمن - من أنه يكون فسخا ، ويبطل به الخياران- بل في الغنية نفى الخلاف عنه -فلا أجدله دليلاً سوى دعوى دلالة التصرف عليه ، ولا ريب فيه ان تمت الدلالة ولو بمعونة قرينة ، و إلا فهو محل مناقشة كما في الرياض « لمنع الدلالة مع أعمية التصرف من الفسخ وغيره ، فيحتمل السهو والغفلة فان تم اجماع على الاطلاق ، وإلا فالمسألة محل ريبة ، لاصالة بقاء صحة المعاملة والخيار فيها » قلت : بل ان لم يتم اجماع على الأول . أي اللزوم بالتصرف كان محلا للنظر ، اذ دعوى دلالته عليه عرفاً مطلقا محل منع ؛ خصوصا وقد يصدر منه التصرف مع الغفلة عن البيع أو الخيار أو نحو ذلك.

نعم يمكن دعوى وضع ذلك للدلالة شرعاً وتعميمه لما نحن فيه ، إلا أنه إن لم يحصل اجماع كما ترى ، بل قد يناقش في الدال منه عرفاً إذا لم تكن دلالته رافعة لاحتمال عدم ارادة الفسخ ، بناءً على اعتبار خصوص الظاهر من الأقوال في أمثال ذلك لا الأعم منها والافعال .

و على كل حال فهل المدار على حصول الدال على الرضا باللزوم أو الفسخ . أو يكفي حصول ذلك في النفس وإن لم يصدر منه ما يدل ، عليه فيحرم عليه فيما بينه وبين ربه العمل على خلاف ما وقع فيها ، ظاهر الأصحاب الأول ؛ ويؤيده الاستصحاب ، وقد يظهر من بعض النصوص (١) الثاني .

وكذا لاخيار للبايع والمشتري في شراء من ينعتق على المشتري ، كما صرح به جماعة ، بل في الحدائق انه المشهور ، لدخوله في ملك المشتري

---

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب الخيار الحديث ٢

بنفس العقد ، فينعتق بمجرد الملك ، والعتق لايقع متزلـزلا ، و الحـرلا يعود رقاً ، وفي الصحيح (١) «فيمن ينعتق من الرجال والنساء انهم إذاملكوا اعتقوا ، وانهن إذا ملكن اعتقن» بل في كثير من النصوص والعبارات نفي الملك ، وحقيقة النفي وأقرب مجازاته ينفيان الخيار .

نعم يثبت على القول بانتقال المبيع بعده ، إذ لامانع فيه ، وهو خلاف التحقيق كما ستعرف ، و احتمل في الدروس ثبوته للبايع ، لسبق تعلق حقه فيقف العتق على التفرق ، أو يثبت الخيار فـي القيمة دون العين ، جمعـاً بين الحقين وتنزيلا لها منزلة التلف الذي لايمنع الخيار ، بـل فـي الحدائق «التوقف في سقوط خيار المشتري ، فضلا عن البايع ، لان التعارض بين مـا دل على العتق وعلى الخيار ، تعارض العموم من وجه ولا ترجيح» ولا ريب في بعد الجميع خصوصاً مع علم البايع ، ودعوى تقدم حقـه ممنوعة ، فان الخيار بعد الملك كالعتق ، وهو مبني على التغليب وادلته أنص على هذا المورد من أدلة الخيــار ، ومعتضدة بالشهرة ، فيترجح عليها وتخصص بها ، و القيمة بدل العين ، فيمتنع استحقاقها دون المبدل.

نعم لو تصرف المشتري فيه بالعتق اختياراً سقط حقه قطعاً ، بناء على ما عرفت ، أما البايع فالظاهر بقاء خياره لسبق حقه ، إلا أنه يقوى في خصوص العتق الانتقال الى القيمة ، لماعرفت من عدم التزلزل فيه ، ودعوى عدم عود الحرقا، اللهم إلا أن يدعى توقف نفوذ العتق على انقضاء خيار البايع ، وهو مناف لاطلاق مادل على حصوله باجراء الصيغة على الملك ، لكن في المسالك الاشكال في صحة سائر تصرفـات المشتري الناقلة مع خيار البايع ، وربما يأتي للمسألة تتمة في المباحث الاتية انشاء الله ، ولو اشترى العبد نفسه بناء على جوازه كالكتابة فكالانعتاق

(١) الوسائل - الباب ٤- من ابواب بيع الحيوان الحديث١

عند الفاضل ، وفي جامع المقاصد « انمثلهما لوكان المبيع جمداً في زمان الحرّ ، لانه يذوب شيئاً فشيئاً إلا أن يقال التلف لا يسقط الخيار » قلت : و هو كذلك والله اعلم .

﴿ولو كان العاقد واحداً عن اثنين ﴾ هو أحد هما أو غيرهما ﴿ كالاب أوالجد ﴾ أوالوصي لطفلين ، ﴿كان الخيار ثابتاً مالم يشترط سقوطه ، أويلتزم به عنهما بعد العقد . أو يفارق المجلس الذي عقد فيه على قول ﴾ لم نعرف قائله قبل المصنف ؛ نعم صرح بالخيار في الفرض جماعة من الاصحاب، بل لا أجد فيه خلافاً بيننا ، وإن حكى الفاضل قولا بالسقوط ، إلا أن الظاهر كما اعترف به بعض الاساطين كونه من العامة ، نعم احتمله بعض أصحابنا أو مال إليه ، بل في الحدائق «انه الاقرب ، لقاعدة اللزوم ، والشك في ثبوت الخيار في الفرض، إن لم يكن ظاهر الادلة خلافه » وفيه انه يمكن ان يكون دليله ـ بعد الاجماع في الغنية . على دخول خيار المجلس كل بيع ، معتضداً بالشهرة العظيمة في المقام ، و ظاهر الاصحاب في بيان محله التنقيح ، لان المقتضى له في التعدد ـ هو البيع ، وقد وجد في الواحد ، والنص وإن كان ظاهره التعدد ، إلا انه بوروده مورد الغالب ؛ وظهور ارادة قصد التنصيص به على الاشتراك ، والتوطئة لذكر التفرق، يضعف ارادة اعتبار ذلك في الخيار ، ولو اثر فيه ، لأثر في غيره مما ابتنى عليه ، فيسقط مع الاتحاد اكثر الاحكام ، وهو معلوم العدم ، فيكون الظاهر من تعليق الخيار بالبيع في قوله «البيعان » هو ثبوته لهما من حيث هما بيعان ويرجع بعد اسقاط التثنية من الحيثية ، لكونها في قوة التكرار بالعطف إلى ثبوته للبايع من حيث هو بايع ، والمشتري من حيث هو كذلك ، والعاقد الواحد بايع ومشتر ، فيثبت له الخيار بالاعتبارين .

ولا ينافي ذلك قوله « مالم يفترقا » إذا كان المراد من النفي حقيقته التي

هي السلب المطلق ، فلا فرق فيه بين المتعدد والمتحد ، بل لو أريد منه الملكة أي عدم الافتراق عمن شأنه ذلك ، أمكن حينئذ القول بأنه لايقتضي تخصيص مورد الخيار به ، بل أقصاه السقوط بذلك فيما يحصل به من افراده ، فلاينا في مادل باطلاقه على ثبوت الخيار للبايع مثلا ، من الخبر المزبور ، بعد ما ذكرناه فيه وغيره كقول الرضا عليه السلام (١) في خبر ابن اسباط «الخيار في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري و في غير الحيوان ان يفترقا » أي الخيار ثابت في غير الحيوان إلى أن يفترقا إن كان لطرفيه عاقدان بل قيل : انه قد يتمسك للمطلق بعموم النص ، بدعوى ارادة الحقيقة من النفي و الحمل للتثنية على عمـوم المجاز ، كما ينبه عليه سوق النصوص (٢) و الاقتران بخيار الحيوان في أكثرها ، و العموم فيه معلوم بالنصوص ، منها صحيح الفضيل (٣) المتقدم سابقا ، وفي الصحيح (٤) «ما الشرط في الحيوان؟ فقال : ثلاثة أيـام للمشتري ، قلت : و ما الشرط في غير الحيوان ؟ قال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلاخيار بعد الرضا منهما » الذي هو مع تضمنه لماذكرنا عم المتحد سؤالا ، فينبغي ان يعمه جواباً وتعليلا ، ينشأ من التنبيه على علة السقوط بالافتراق ، فيعمه حكما .

كل ذلك مضافا الى معلومية بدلية المتحد عن الاثنين في سائر الأحكام الثابتة للمتبايعين ، والى استبعاد ثبوته لو وكل الولي عن أحد الطفلين ثم عقد معه إذ دعوى السقوط فيه أيضاً كما ترى ، فلامناص بعد ذلك بل بعضه عما عليه

(١) الوسائل الباب ١ - من ابواب الخيار الحديث ٥

(٢) الوسائل الباب ١ و ٢ من أبواب الخيار .

(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٣

(٤) الاستبصار ج٣ ص ٧٢

الاصحاب ،كما انهلا مناص بعدالقول بثبوته ، عنالقول بعدم سقوطه في التأخر عن مجلس العقد ، للاستصحاب وعدم مايدل على تنزيله منزلة افتراقهماكما هو المشهور بين الأصحاب بللم يظهر فيه خلاف بينهم .

نعم عنالمبسوط كالمتن حكايته ، و احتمله العلامة ، و يحتمله عبارة الدروس على بعد ، وعن الصيمري اعتماده ، نظراً إلى ان خيار المجلسيسقط بمفارقته من غير اصطحاب ولامصاحبة بين الشخص ونفسه ، وفيه انافتراقهما ايضا مستحيل ، والمسقط هو الافتراق ، و ربما انتصر له بلزوم الضرر ، ومخالفة الفرع للاصل ، وباطلاق مادل على جواز بيع الوكيل مالهمن موكله ، ومال موكله من نفسه ، و لو دام الخيار مع الاتحاد وجب التفصيل ، و الضرر يندفع بالا شتراط ، والفسخ والمخالفة مقلوبة ؛ ضرورة عدم اللزوم بمفارقة المجلس خاصة في المتبايعين ، بللابد من افتراق البدنين ، وتصرف الوكيل منوط بالمصلحة مطلقا ، فان وجدت مع استمرار الخيار ، و إلا بطل لهذا الاعتبار .

هذا ولعل اقتصار المصنف على هذين المسقطين ، لعدم ذكرهالتصرف أما غيره ممن ذكره و لم يذكره هنا ، فمقتضاه انه لايحصل به في المقام باعتبار اشتراك المتصرف ، إلا أن يضم إليه قصد التصرف عن احد هما ، ولو جاءا مصطحبين فقال أحدهما : تفرقنا ولزم البيع ، وأنكر الاخر ، فعلى المدعيالبينة ، إن لم يطل الوقت ، للاصل،بلوإن طال ترجيحا له على الظاهر ، ويحتمل العكس ، بل قواه في جامع المقاصد، نظراً الي شدة استبعاد بقاء الشخصين مجتمعين مدة طويلة ، مع كون الاصطحاب منسوبا اليهما معا ، حتى لوأراد أحدهما المفارقة احتيج في منعه الى الالتزام والقبض ؛ وذلك من الأمور النادرة ، قال : «ولكن هذاالظاهر يتفاوت قوة وضعفا بافراط طول

المدة وعدمه » قلت : هوانلم يصل في القوة الى صلاحية قطع الأصل ، يشكل تقديمه عليه ، ولو اتفقا علي التفرق ، واختلفا في الفسخ ، فالقول قول منكره بيمينه .

وفي القواعد «احتمال تقديم مدعيه ، لانه أعرف بنيته » وهوكماترى ، ولعله يريد مالو اختلفا في فعل مدعيالفسخ ، مع أن ظاهرجامع المقاصدتقديم قولالمنكر فيه ، ولوقال أحدهما : تفرقنا قبل الفسخ ، و قال الآخر: فسخنا قبل التفرق ، احتمل تقديم الأول ، لا صالة بقاء العقد ، و تقديم الثاني ، لانه يوافقه عليه و يدعي فساده ، والأصل صحته ، لأن الفسخ فعله ، واصالة تأخر كل منهما عن الآخر مع جهل التاريخ يقتضي الاقتران ، وهو ـمع انه خلاف الظاهر ، بل و الأصل،كما حقق في محله و لذا لم يعتبره أحد من الأصحاب يقتضي ترجيح الأخير ، لاستصحاب الخيار حتى يتحقق الافتراق فتأمل والله اعلم .

القسم الثاني - خيار الحيوان

﴿خيار الحيوان﴾ الذي هوفي الجملة اجماعي . بل ضروري عند علماء المذهب ﴿والشرط فيه﴾ أي الخيار فيالحيوان ﴿كله﴾ أنسيه وغيره ﴿ثلاثة ايام﴾ على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة بل في ظاهرالانتصار و التذكرة و المحكي عن الخلاف والتحرير وصريح السرائر الاجماع عليه ، لاطلاق النصوص

بل العموم في بعض الصحاح منها ؛ وخصوص صحيح ابـن رئاب (١) وغيره ، ممـا تسمعه خلافا للحلبيين على ماحكي عن ابي الصلاح منهما ، و ربما يوافقهما ظاهر الشيخين ، والمحكي عن الديلمي ، حيث حكموا بضمـانالبايع مدة الاستبراء ، وليس إلا لانها مدة الخيارالمضمون مايحدث فيها على البايع . لانه لاخيار لـه ، و الحمل على عدم القبض بعيد . بل المفروض في المقنعة والنهاية . «وضع المشتري اياها عند غيره ، وهوقبض وايداع ، بلفيهما ، والوسيلة ومحكي المراسم والجامع ان نفقة تلك المدة على البايع ، قيل: وهو يؤذن بذلك ، وإلا لوجبت علـى المشتري بالملك قبل انقضائها.

قلت : يمكن القول بالضمان والنفقة مع انقضاء مـدةالخيار ، للادلةكما هـو مقتضى الجمع بين اطلاقهم الثلاثة في خيار الحيوان ، وذكـر هـم ذلك ، وعلـى كل حال فلا نعرف له مستنداً صالحاً لمعارضة اطلاق الأدلة وعمومها فضلا عن خصوصها ، إذ اجماع الغنية ـ بعد معـارضتـه بمثله ، ورجحانهعليه منوجوه ـ غير صالح لذلك قطعاكما هوواضح .

وكيفكان فهذا الخيار﴿ للمشتري خاصة دون البايـع علـى الأظهـر ﴾ الاشهر فتوى ورواية . بلالمشهور شهرة عظيمة فيهـا ، بل فـي الغنية وظـاهـر الدروس أوصريحها الاجماع عليه ، بل لاأجد فيه خلافا إلامن المرتضى في انتصاره، والمحكي عن ابن طاووس ، بل لم نعرفالنسبة إلا لاولهما ، لقاعدة اللزوم المستفادة من الآية (٢) والرواية ، وخصوص صحيح ابن رئاب (٣) المروى عن قرب الاسناد

---

(١) الوسائل الباب ٤من ابواب الخيار الحديث ١

(١) سورة المائدة الاية ١ .

(٢) ذكر صدره في الوسائل الباب ٣من أبواب الخيار الحديث ٩وذيله في الباب ٤منها الحديث ٣

«سئل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية ، لمن الخيار للمشتري أوالبايع أو لهماكليهما ؟ فقال : الخيارلمن اشترى ، ثلاثة أيام نظرة ، فاذا مضت ثلاثةأيام فقد وجب الشراء ، قلت له : أرأيت إن قبلها المشتري أو لامس فقال : اذا قبل أو لامس أو نظرفيها الى مايحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته » الحديث. بل وصحيح الفضيل (١) قال للصادق عليه السلام : « ماالشرط في الحيوان ؟ فقال : ثلاثة أيام للمشتري ، قلت : وما الشرط في غير الحيوان ؟ فقال : البيعان بالخيار مالم يفترقا » الحديث ، الذي يقرب منه في الصراحة بالعدول بالجواب في غير الحيوان ، و الاقتران باللام المفيدة للاختصاص ، وظهور ارادة القيد من الوقوع في بيان السؤال ، فهو بمنزلة ما يذكر في الحدود و الحصر بتعريف المبتدأ بناء على أن للمشتري خبراً ، أوكالخبر بالنسبة إلى ذلك ونحو خبر ابن اسباط (٢) « سمع الرضا عليه السلام يقول : الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري ، وفي غير الحيوان ان يفترقا » و إن لم يجتمع فيه جميع ماذكرنا ، كصحيح الحلبي (٣) «عن الصادق عليه السلام في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري ، و هو بالخيار فيها ان شرط فيها أولم يشترط » ، و صحيح ابن رئاب (٤) «عن الصادق عليه السلام الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري ، اشترط فيها أولم يشترط ، فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضاً منه ، فلا شرط ، قيل له : وما الحدث ؟ قال : إن لامس أوقبل أونظر منها إلى ما يحرم عليه قبل الشراء » وسمع الحسن بن علي بن فضال

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب الخيار الحديث ٣
(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٥
(٣) الوسائل الباب ٣ من أبواب الخيار الحديث ١
(٤) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ١

في الموثق (١) «أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة ايام».

فمن الغريب مافي المسالك من الاقتصار في الاستدلال له على صحيح الحلبي (٢) وقال: «انه لايدل على نفيه عن البايع إلا من حيث المفهوم المخالف وهو ضعيف، فالقول بما عليه المرتضى في غاية القوة، إن لم يثبت الاجماع على خلافه» وتبعه في هذا الميل الكاشاني وهوكما ترى، مع انه لم نقف له على دليل سوى ما ادعاه من الاجماع الموهون بالتتبع لفتاوي من تقدمه كالمفيد و الصدوقين، ومن تأخر عنه المعارض بمثله صريحاً و ظاهراً، وسوى صحيح محمدبن مسلم (٣) عن الصادق عليه السلام «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وماسوى ذلك من بيع حتى يفترقا» و صحيحه الآخر (٤) «عنه أيضاً قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتي يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام» كصحيح زرارة (٥) عن الباقر عليه السلام مع أن المراد بصاحب الحيوان في الاخيرين المشتري، بقرينة موثق ابن فضال (٦) الذي هو إن اريد منه بيان الموضوع أو التخصيص في الحكم كان كافياً في المطلوب، ونافياً لأصل الدلالة فيهما على الأول، الذي يمكن دعوى انه المنساق المتبادر، إذهو الصاحب فعلا، على أنه لو اريد به الأعم ثبت لكل منهما الخيار، متى كان أحد العوضين.

وهو مما لم يقل به أحد، لان من صوره كون الثمن للدار مثلا حيواناً ولاخيار فيها للمشتري قطعاً، كما ان العدول في الجواب فيهما صريح أو

(١) و(٢)و(٣)الوسائل - الباب ٣- من ابواب الخيار الحديث ٢-١-٣

(٤) الوسائل الباب ١ - من ابواب الخيار الحديث ١

(٥)و(٦) الوسائل الباب ٣ من أبواب الخيار الحديث ٦-٢

كالصريح في ارادة احدهما من الصاحب ، و تخصيصه بالبايع فيما إذا كان المبيع حيواناً مما لم يقل به احد ، فوجب ارادة المشترى منه ، فانحصر الدليل في الصحيح الأول (١) القاصر عن معارضة ماعرفت من وجوه ، بل ربما احتمل فيه بقرينة إتحاد الراوي والمروى عنه للصحيح الذي بعده ، انه نقل من الراوى بالمعني ، بزعم الموافقة ؛ واحتمل فيه ايضاً ارادة الخيار لمجموعهما الصادق بالمشترى خاصة ، أوأن الخيار للمشترى وعلى البايع فهو لهما أو نحو ذلك من الاحتمالات البعيدة التي لابأس بها بعد القصور عن المعارضة ، وانها أولى من الطرح .

نعم احتمل الفاضل تنزيله على ما اذا كان كل من الثمن و المثمن حيواناً ، وكأنه علق قوله في الحيوان فيه بالمبتدأ ، و هو مبنى على ثبوت الخيار لهما في هذه الصورة ، وعدّه في جامع المقاصد ثالث الأقوال ، و نفى عنه البعد لما فيه من الجمع ، بل عن جماعة منهم الصيمرى اختياره لذلك ، و لاتحاد وجه الحكمة في ثبوت هذا الخيار للمشترى ، وهي خفاء حال الحيوان المحتاج إلى ضرب هذه المدة ، وفيه بعد اعتبار التكافؤ في الجمع ، انه لا شاهد عليه في اللفظ ولا من خارج ، وقاعدة أولويته من الطرح غير ثابتة كما تحرر في الاصول ، والحكمة مالم يكن منصوص علة أو تنقيح مناط لايجوز اطرادها عندنا .

ومن ذلك كله يظهر لك ضعف ما احتمله الفاضل ايضاً من ثبوته لذى الحيوان مطلقاً ، فيشتركان فيه مع كون العوضين حيوانين ، ويختص به المشترى في بيع الحيوان بغيره ، ويختص به البايع في بيع غيره به ، و إن مال إليه أو توقف فيه في الرياض ، وقواه في الروضة ، و اختاره في المسالك ، ومجمع البرهان و

---

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب الخيار الحديث ٣

الحدائق ، وعن غيرها ، إلا انه لا مستند له سوى الصحيح المزبور بعد التنزيل المذكور ، و إطلاق صاحب الحيوان في الصحيحين ، بنـاء على ارادة المنتقل اليه منه ، لا ما كان صاحبه ، والاشتراك في وجه الحكمة ، وفي الجميع ما عرفت خصوصاً بعد غلبة كون الحيوان مقابل بغيره ، فصاحبه المشتري ، سيما و لا عموم معتد به في هذه الاضافة إذ ليست من إضافة المصدر . فتأمل جيداً .

ثم إن ابتداء الخيار من تمام العقد ، كما صرح به جماعة وهو ظاهر الباقين ، لا من حين التفرق ، لتبادر الاتصال من النصوص (١) وانه كخيار المجلس ، بل هو متعين الارادة في كثير منها ، لعدم سبق غيره ، وبه ينقطع الاستصحاب و التأسيس مع انه خلاف وضع العقد غير لازم ؛ و الخيار واحد بالذات مختلف بالاعتبار ، فلا يجتمع المثلان وفائدته البقاء باحد الاعتبارين مع سقوط الاخر ، فلا يتداخل السببان والاسباب الشرعية معرفات لا مؤثرات ، فلا استحالة في اجتماعهما كما اجتمعت في المجلس والعيب ، وخيار الرؤية باعتراف الخصم ، والبيع يتم بالايجاب والقبول على الأصح ، فلا يمتنع الخيار قبل التفرق ، وارتفاع الخيار المخصوص لا يقتضي اللزوم مطلقاً ، بل اللزوم اللازم من رفعه ، فيصح تعلقه بالجايز ، ولو قيل بالسببية في المجموع ، دون الجميع اندفع اكثر ذلك إلا انه خلاف الظاهر نصاً وفتوى ، ويلزمه سقوط الأثر بالكلية مع استمرار المجلس طول المدة ، وهو بعيد .

كما أن احتمال سقوط خيار المجلس في الحيوان ، لظهور بعض النصوص الجامعة بينهما في اختلاف موضوعهما بعيد ايضاً ، لظهور الفتاوى و جملة من النصوص في خلافه ، ويلزمه عدم الخيار بعد الثلاثة لو زاد المجلس عليها ، والبحث في ثبوته للوكيل نحو ما سمعته في خيار المجلس ، لكن من المعلوم هنا اختصاصه بالمالك ومن يوكله فيه ، كما ان من المعلوم ابتداؤه في الفضولي

(٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب الخيار

من حين الاجازة بناء على النقل ، أما على الكشف فان كانت بعد الثلاثة سقط ، وإلا ثبت فيما بقي منها والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿يسقط باشتراط سقوطـه في العقد و بالتزامه بعده﴾ لما تقدم في خيار المجلس ﴿و باحداثه فيه حدثاً، كوطي الامة وقطع الثوب وبتصرفه فيه سواء كان تصرفاً لازماً كالبيع أولم يكن كالهبة قبل القبض والوصية﴾ لصحيحي ابن رئاب السابقين (١) ومكاتبة الصفار (٢) إلى ابي محمد عليه السلام « في الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من اخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردها في الثلاثة الايام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أوالركوب الذي يركبها ؟ فوقع عليه السلام إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء انشاء الله » وصرح جماعة بل لاخلاف فيه يعرف بينهم أنه لا فرق بين الناقل وغيره ، لصدق اسم الحدث ، و ذكر بعض أفراد العام أو المطلق للتمثيل لايقضي بالتخصيص والتقييد لهما ؛ سيما إذا كان في كلام السائل كالمكاتبة ، والمناقشة بظهور صحيحي ابن رئاب في اختصاص الحدث بما لا يشمل التصرف الناقل إذ المثال إنما هو لما ماثله ضعيفة ، ضرورة أن ذلك وإن لم يكن من صنف المذكور ، ولكنه أولى قطعاً ؛ نعم قد يظهر من بعض النصوص الاتية في خيار الشرط (٣) عدم دلالة مثل ذلك على الرضا و لذا اشترط على المتصرف الذي له الخيار أن يستوجب البيع أولاً ، لكن لم أجد عاملاً بها ، فهي بالنسبة إلى ذلك شاذة .

وعلى كل حال فقد قيل أن الظاهر من صحيح الرضا (٤) الذي هو كالتعليل

---

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ١ و ٣

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ٢

(٣) الوسائل الباب ١٢ من أبواب الخيار الحديث ١-٢

(٤) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ١.

كون المناط حصول الرضا بسببه ، فلو علم انتفاؤه وان قصده بالحدث اختباره أو غيره ، بقي خياره ، ولعله لذا قيده بعض الأفاضل بما إذا لم يكن للاختبار ونحوه ويؤيده الأصل ، والاطلاقات و بعض النصوص ، كالخبرين أحد هما الصحيح (١) «عن رجل اشتري شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها ، قال :إن كان تلك الثلاثة إيام شرب لبنها، ردمعها ثلاثة أمداد ، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء » لكن عن بعضهم سقوط الخيار به أيضاً بل مال إليه في المسالك ، ولعله للاطلاق وارادة التنزيل منزلة الرضا في السقوط شرعاً ، لأنه كاشف عنه ، وإلا لم يتم في مشكوك الحال فضلا عن معلوم العدم ، اللهم إلا أن يقال أن الشرع كاشف عن العرف ، فيتبع فيما لم يعلم عدمه ، بل ذلك هو الموافق لاصلى الخيار و اللزوم ؛ وستسمع انشاء الله تمام البحث فيه من الاحكام .

ويسقط أيضاً بانقضاء المدة و هي ثلاثة أيام كما عرفت قال ، بعض الأفاضل: بلياليها تحقيقاً ، لانه الأصل في التحديد و الظاهر دخول الليلتين اصالة ، فتدخل الثالثة ، وإلا اختلف معنى الاحاد في استعمال واحد ، وفيه نظر، لان الظاهر دخول الليلتين المتوسطتين في الحكم ، دون الاسم ، إذ ليس اليوم لغة وشرعاً و عرفاً إلا البياض المقابل لليل ، الأأنه لما فهم اتصال الخيار بالعقد في جميع أزمنة وقوعه ليلا أو نهاراً إلى أن تحقق مصداق مضي ثلاثة أيام ، دخل الليلتان وغيرهما ، بل الظاهر دخول المنكسر من اليوم كذلك أيضاً . فاذا وقع العقد مثلا ظهر يوم الخميس ، فالخيار متصل إلى أن يتحقق مصداق مضى ثلاثة أيام، ولا يكون ذلك إلا بانتهاء يوم الأحد ، وهو غروب الشمس منه ، ولو وقع في أول ليلة الخميس مثلا ، فالخيار فيه إلى مضى الثلاثة ، فتدخل الليلة في الحكم لا في اسم اليوم .

---

(١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الخيار الحديث ١

بل هذا كاد يكون صريح قوله عليه السلام في صحيح ابن رئاب(١) «فاذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب البيع» إذ مفهومه ان العقد على الخيار إن لم تمض، فالمنكسر في النهار والليل حينئذ داخلان في حكم البقاء على الخيار إلى حصول الغاية، لافي مفهوم الأيام المنافي للغة والشرع والعرف، كدعوى صدق اليوم على الملفق من يوم آخر اومن الليل المنافية للثلاثة أيضاً، وحينئذ فالخيار في الزيادة على الأيام الثلاثة مستفاد من دليل الخيار بالتقريب الذي ذكرناه - فتأمل جيداً فانه دقيق نافع في كثير من المقامات لم أجد من تنبه له، مع أنه بالتأمل في المقام وغيره يمكن القطع به لمن رزقه الله تعالى اعتدال الذهن.

نعم لا اشكال في ثبوت مشروعية التلفيق في الجملة، ضرورة أن الكسر كما يكون في الايام، يكون في الشهور والسنين، وفي غير واحد من النصوص(٢) في قوله تعالى(٣) «براءة من الله ورسوله الى قوله فسيحوا في الأرض أربعة أشهر» قال: فهذه أشهر السياحة عشرون من ذي الحجة والمحرم وصفر وشهر ربيع الأول وعشر من ربيع الاخر وهو كالصريح في التلفيق في الاشهر، بل وانه يجبر الاولين من الاخر وان ذلك كله مصداق أربعة أشهر فتأمل جيداً والله العالم، ولا يسقط هذا الخيار بالتبرى من العيوب، وإن كان الحكمة في شرعه خفاء العيب غالباً، إلا أنه لا يجب انعكاسها.

ويعم هذا الخيار كل حيوان الصامت والناطق من لا ينعتق عليه، على ما سمعته في خيار المجلس، وفي اشتراط استقرار الحياة في صحة البيع وثبوت الخيار وجهان، أشبههما العدم، ويثبت في حيوان البحر وان اخرج من الماء و اشترطنا امكان البقاء، لامكان عوده إلى ما يعيش فيه، فلو تركه المشترى على الجدد حتى مات فلا ضمان على البايع، لانه هو الذي اتلفه، والله اعلم.

---

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ٩

(٢) تفسير برهان جلد ٢ ص ١٠١ الطبع الحديث

(٣) سورة البراءة الاية - ١

القسم الثالث - خيار الشرط

﴿خيارالشرط﴾ بالضرورة بين علماء المذهب ، و الكتاب والسنة عموماً ، و خصوصاً في بعض أفراده ، ولايقدح منافاته لمقتضى اطلاق العقد ، كمافي كل شرط؛ و دعوى أن اللزوم من مقتضياته ، لا مقتضى إطلاقه - يدفعها مشروعيته بأسبابه ، ولو أنه كذلك لم يشرع اصلا كالملك بالنسبة الى البيع كما هو واضح ، ﴿ و ﴾ حينئذ ف ﴿هو﴾ عندنا ﴿بحسب مايشترطانه أو احد هما﴾ لايتقدر بمدة مخصوصة ، خلافا للشافعي و ابي حنيفة ، فلم يجوزا اشتراط أزيد من ثلاثة ، و لايعتبر فيها الاتصال بالعقد ، كما هو صريح بعض وظاهر اطلاق آخرين ؛ للعموم ، خلافا لما عن بعض العامة فمنعه ، واحتمله الفاضل تفاديا من انقلاب اللازم جائزا ؛ وفيه انه جائز و واقع في خيار التاخير وغيره ، ومتي جاز الانفصال جاز التعاقب لعموم المقتضى ، لكن في المسالك احتمال العدم بعد قطعه بجواز الانفصال ، ولعله لاستظهار الاتحاد من الاطلاق ، وفيه منع واضح . ولو شرط الخيار شهرا يوما ، و يوما لا ، صح بناء على ارادة خمسة عشر من الشهر العددى ، كما عساه المنساق من العبارة ، ومع التصريح بذلك لااشكال في الصحة ، و اليوم المتصل بالعقد أول الايام ، فظهر أن المدار على الشرط .

﴿لكن يجب أن يكون ﴾ مايشترطانه من مدة الخيار ﴿مدة مضبوطة و﴾ لذا ﴿لايجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج﴾ ونحوه قولا واحدا ، للغرر حتى في الثمن لأن له قسطا منه ، فيدخل فيما نهى النبي ﷺ (١) فاشتراطه مخالف للسنة ، ومادل على وجوب اتباعها من الكتاب (٢) على أن مشروعية

---

(١) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب آداب التجاره الحديث ٣ الدعائم ج٢ص١٩

(٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث١-٥ الجواهر ٤

العقود لقطع الاختلاف فلاتناط بماهومثاره.

﴿ولو شرط كذلك بطل البيع﴾ ايضاً لاالشرط خاصة ،كماستسمعه فيما يأتي انشاالله تعالى محررا ، أما لوأطلق اشتراط الخيار من غيرذكر مدة أصلا ، فالمشهور بين المتقدمين الصحة ، والانصراف الى الثلاثة ، بل في الانتصار و الغنية ومحكي الجواهر والخلاف الاجماع عليه ، بل في الاخير نسبته الى أخبار الفرقة ايضاً ، و إن كنالم نقف على شيء منها فيما وصل الينامن النصوص ، سوى ماقيل من فحوى قوله ﷺ في الصحيح السابق(١)«الشرط في الحيوان ثلاثة للمشتري اشترط أولم يشترط » فانه يدل بالفحوى على أن الشرط في غيره ثلاثة مع اشتراط الخيار ، لااشتراطها ، لعدم اختصاصه بها اذضرورة صحة اشتراط أي عدد ، فالمختص بهـا حينئذ إطـلاق اشتراط الخيار وفيه مافيه ،

و النبويين (٢) «الخيار ثلاث » « قال : لاخلابه ولك الخيار ثلاثا »وهما ـ مع انهما من غير طرقنا ـ لادلالة فيها ، لما في التذكرة من أن قول لاخلابه عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثا فاطلاقها مع العلم بمعناها كالتصريح ، الا أن ارسال الشيخ الأخبار المزبورة لاتقصر عن المراسيل في كتب الحديث التي من المعلوم عدم بنائها علي الاستقصاء التام ، فعدم الوجود فيها غير دال على العدم ، فهي حينئذ مع الاجماعات المزبورة كافية في اثبات المطلوب ، سيما مع عدم الموهن لها بين المتاخرين فضلا عن غيرهم ، اذلم تعرف مصرحاً بالبطلان بعد الشيخ في أحد قوليه الاالفاضل وثاني الشهيدين والصيمري فيما حكي عنه .

نعم نسب الى المرتضي وظاهر الديلمي ، والمعلوم من الاول خلافه ، وعبارة المتن كاللمعة والنافع والوسيلة ومحكي التحرير لادلالة فيها، لأن اشتراط التعيين

---

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ١

(٢) سنن البيهقي ج ٥ص ٢٧٣

فى المدة غير اشتراط المدة المعينة ، ولذا لم يشر فى شيء منها الى الخلاف ، مع أن الغالب فى بعضها الاشارة الى شواذ الاقوال فضلا عن مثل هذا .

فمن الغريب مافى بعض المصنفات من حكاية القول المزبور على وجه يكون به من الشواذ ، علي أنه ليس فى الادلة ماينا فيه ، اذالغرر مندفع بتحديد الشرع وإن لم يعلم به المتعاقدان ، كخيار الحيوان الذى لا اشكال فى صحة العقد مع الجهل به أو بمدته من الزمان ، و من ذالك يعلم مافى دعوى أولويته بالمنع، من ذى المدة الغير المعينة، كالتعليل بانه لوصح فاءما أن يدوم الخيار وهو باطل بالاجماع أو يخص من غير مخصص، إذقدعرفت أن التخصيص بالثلاثة إما لانصراف الاطلاق عرفا، لكونها أقل مدة يتروى بها فى مثله والشرع كاشف ، أولتعيين الشارع ، و الشرط سبب لامناط كالوصايا المبهمة ، و لذلك كله مال اليه فى الدروس بل جزم به العلامة الطباطبائي فى مصابيحه وهولايخلوا من قوة.

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿لكل منهما أن يشترط الخيار لنفسه﴾ فى الكل والبعض المعين ﴿ولأجنبى﴾ متحدا أو متعددا مع التعيين ، وإلا لم يجز للغرر ، كالتعيين فى المخير فيه ، فلايكفى فى شيء منهما أحدهما ونحوه ﴿ وله مع الاجنبى ﴾ كذلك بلاخلاف أجده ، بل الاجماع بقسميه عليه ، للعموم ، لكن إن اتحد ذو الخيار فالامر اليه ، والا قدم الفاسخ ولو أجنبياً، لعدم معارضة اختيار اللزوم له كما هو واضح. فما فى الوسيلة ـ من أن الخيار إن كان لهما واجتمعا على فسخ و إمضاء نفذ ، وإن لم يجتمعا بطل ، وإن كان لغيرهما و رضي نفذ البيع ، فان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والامضاء ـ لاوجه له .

كما أن مافى الدروس ـ من أنه يجوز اشتراطه لاجنبي منفردا ولااعتراض عليه و معهما أومع احدهما، ولو خولف أمكن اعتبار فعله ، وإلالم يكن لذكره فائدة ـ فى غير محله ، بل ينبغى الجزم بتقديم الفاسخ و لو الاجنبي كما ذكرناه ، واشتراط

الخيار للاجنبي خاصة تحكيم لاتوكيل وليس لهالفسخ دونه ، الأأن الظاهر وجوب اعتماد المصلحة لانه امين ، فلوبان الخلاف لم يمض الفسخ ، بل قد يقال : إن المنساق عرفا من مثل ذلك مايشبه التوكيل ، فيمكن احتمال مراعاة الاصلح لذالك ، بناء على اعتباره فيها ،كما أنه يعتبر فيه ايضاً غير ذلك مما يعتبر فيها من البلوغ و العقل ونحوهما ،

﴿و﴾ كذا ﴿يجوز﴾ لكل منهما ﴿اشتراط المؤامرة﴾ اى الاستيمار بلا خلاف فيه بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، للعموم ، خلافا للشافعي(١) في أحد قوليه فيلزم العقد بامضاء المستأمر وسكوته اذاكان المراد منها اشتراط الخيار له بأمره لانتفاء المشروط حينئذ بانتفاء شرطه ، والاصل في العقد اللزوم ، أمالو أمر بالفسخ فلا يتعين عليه امتثال أمره بهقطعا .

نعم لهالعمل بهعلى ماهومقتضى الشرط ، و ليس له الفسخ قبل أمره به،لعدم حصول الشرط فما عن التحرير -كما عن أحد قولي الشافعية من جواز الرد من غيرأن يستأمر لانه ذكر الاستيمار احتياطا - واضح البطلان ، بل عن الاول التصريح فيه بعد ذلك بالمنع من الرد قبله ، ولذاحمله بعض الافاضل على ماإذاحصل الامر بالفسخ قبل الاستيمار[٧]، خلافا لظاهر المبسوط والخلاف و التذكرة وكنز الفوائد و تعليق الارشاد والمسالك على ماحكي عن بعضها ، فينتفي لانتفاء الشرط ، لكن يمكن تنزيل عباراتهم على الغالب من ترتب الامر على الاستيمار و لاباس به ، ولابدمن ضبط مدة الاستيمار ، كماهوصريح جماعة ؛ وظاهر آخرين تحرزا من الغرر ، خلافا للمحكي عن المبسوط والخلاف وأحد قولي الشافعي ، فيثبت على التأبيد مع انتفاء التحديد وهوكما ترى .

ولاينصرف الاطلاق هنا الى الثلاثة التى خيارها ، متصل بالعقد ، بخلاف خيار

---

(١) التذكرة ج١ص٥٢١

٧ فإن الأقوى في ذلك النظر الى حصول الغرض من الاستيمار

المؤامرة الذي لايحصل إلابعد الامر ، و صرف اطلاق الخيار اليها لايقتضى كونها ظرفالشرايط الخيار قطعا ، اذلاتزيد على خيار الحيوان ولايشترط تعيين المستأمر لعدم الغررفيه ، بخلاف الخيار للاجنبى ، وبذلك ـ و عدم الخيار للمستأمر بالفتح وإنما له الامربه ـ افترقت المؤامرة عن اشتراطالخيار للاجنبى ، فيصح إناطة الاول بأمرأحد الرجلين دون الثاني ، ومع الاختلاف يقدم الفاسخ ، وفي المتحد اذااختلف رأيه في المدة يحتمل ذالك مطلقا أوبشرط التاخر، والاخذ بالمقدم مطلقا والمؤخر كذالك ، وقد اختار بعض الاساطين الثاني . هذاكله بناء على معلومية ارادةماعرفت من اشتراط الاستيمار ، أما اذا أريد منه غير ذلك من المشاورة . و إجالة الراى معه ، لااتباعأمره أونحو ذلك ، اتبع عملا بالشرط ، ولعلإطلاق اشتراط الاستيمار ظاهر فيماذكره الاصحاب ، والأمر سهل بعدوضوح المأخذ ، لعدم خروج المؤامرة بنص مخصوص ، فالمرجع في المرادمنها الى ما يرجعاليه في غيرها من العرف واللغة ، بل استقصاء البحثفيهاليس منوظائفالفقيه .

﴿ و ﴾كذا يجوز ﴿اشتراط﴾ الخيار مدة معينةـلامجهولةولا مطلقة ، بل إطلاق الخيارهنالاينصرفإلىالثلاثةكماسمعته في المؤامرة .نعملايعتبرفيهاالاتصالو ان انصرفت اليه عندالاطلاقـوإنكان الخيار فيهابشرط ﴿ أن يرد البايع فيها ﴾ بالثمن ﴿ و يرتجع بالمبيع انشاء ﴾ مطلقا أوموزعا عليها نجوما ، متساوية أو مختلفة مع اشتراطالخياربنسبة الرد وبدونه ، وإنكانإذا اطلق توقفعلىردالجميع اجماعاً في أصل المسئلة بقسميه.

ونصوصا عموماً وخصوصاً (١) فيه الصحيح و غيره ولايقدح لفظ الوعد في سؤال الاول بعدأنكان الجواب أرى أنه لك إن لم يفعل ، اي يرد الثمن ، و ان جاء بالمال للوقت فردعليه قال فيه : «قلت لابيعبدالله عليه السلام . (٢) انا نخالط أناساًمن

(١) و(٢) الوسائل الباب ٧ من ابواب الخيار الحديث ١

اهل السواد وغيرهم فنبيعهم فنربح عليهم العشرة باثنى عشر أوالعشرة بثلاثة عشر ، ونوجب ذلك فيما بيننا وبينهم السنة ونحوها، فيكتب الناالرجل على داره أوعلى أرضه بذلك الذي فيه الفضل الذى اخذ منا بشراء وقد باع وقبض الثمن منه ،فبعده إن هو جاء بالمال الى وقت بينناوبينه أن نردعليه الشراء ، فان جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهو لنا، فماترى في الشراء ، فقال : أرى أنه لك إن لم يفعل ، وإن جاء بالمال للوقت فرده عليه»

وفى موثق إسحاق بن عمار (١) « حدثنى من سمع أبا عبدالله عليه السلام قال : سأله رجل وأنا عنده فقال له : رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشى الى اخيه فقال : أبيعك دارى هذه ، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمنها الى سنة أن تردها علي ؟ قال : لابأس بهذا ، إن جاء بثمنها إلى سنة ردها عليه ، قلت : فانهاكانت فيها نخل كثير فأخذ الغلة لمن تكون الغلة ؟ فقال : الغلة للمشتري ، ألاترى لواحترقت كانت من ماله » إلى غير ذالك من النصوص ، ونحوه اشتراط المشترى ردالثمن برد المبيع فى مدةمعلومة، لعموم المقتضى ، فلكل منهما حينئذ ذلك ؛ إتحدت المدة أواختلفت ،كماان لكل منهما اشتراط الرجوع فى الكل برد الكل أوالبعض ، وفى البعض بردالبعض الخاص وما دونه ، ولواشترط الكل أو اطلق الردلم يتخير برد البعض وإن قل الباقى ، ولواشترط البعض تخير برده كملادون البعض منه ، واللزوم من أحد هما لاينافيه الجواز للاخر .

لكن قد يظهر من النصوص وجملة من العبارات عدم احتياج الانفساخ إلى أزيدمن الرد ، وهو إمالانه المشروط ، اولان به يحصل اختيار الفسخ ، وفى الاول أن القدرة إنما تتعلق بالفسخ دون الانفساخ . فلايصلح اشتراطه الابواسطته ، أللهم الأأن يستند فى الجواز الى ظاهر صحيح سعيدبن يسار (٢) وخبر معاوية بن ميسرة (٣) وموثق اسحاق (٤) مؤيدا بعموم «المؤمنون عند شروطهم » (٥) القاضى بصحة مالم

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث١

(٢) الوسائل الباب ٧من الخيار الحديث١

(٣) و(٤) الوسائل الباب ٨من ابواب الخيار الحديث ٣و١

(٥) الوسائل الباب ٢٠من ابواب المهور الحديث ٢

يعلم فساده من الشرائط ، وأن الشرط بنفسه من المؤثرات لذلك ، و نحوه مما يؤثر غيره إلاأن يعلم العدم ، كالنكاح والطلاق ونحوهما ، بل هولا يزيد على اشتراط انتقال عين مخصوصة من غير ناقل عداه .

نعم هو مبني على أن المشروط هو الانفساخ لاالخيار ، كما هو ظاهر اكثر الاصحاب ان هذاالقسم المسمى عندهم ببيع الشرط ، وهوعندهم مااشترط فيه الخيار بعد الرد ـ فالذى يحصل به حينئذ التسلط على الفسخ ، لاالانفساخ . نعم قد يقال : بعد معلومية عدم توقف الفسخ على لفظ مخصوص بل يكفى فيه كل مادل عليه من فعل أوقول ـ أنه دال عليه ويحصل به ، والغالب دلالته عليه فيحصل به الفسخ ، و على هذا ينزل اطلاق النصوص وبعض الفتاوى ؛ وفيه منع دلالته عليه ، وإنما هو دال على ارادة الفسخ والعزم عليه لا انشاء الفسخ بهخصوصاً اذا حصل الرد تدريجا ، و الذى يؤثر الفسخ الثانى لاالاول.

ومن هنا صرح بعضهم بعدم الانقطاع البيع بمجرد ردالثمن ، بل قيل : انه ظاهر كلام الباقين ، واطلاق النصوص و بعض الفتاوى يمكن تنزيله على الغالب من تعقيب الرد بالفسخ ، لاعلى ذلك ، الاأن الانصاف عدم خلوه عن النظر بعد ، اذ من المحتمل كون المراد من اشتراط الخيار بالرد أن له الفسخ فى هذه المدة بهذا الطريق منه ، والاكان ابتداء الخيار مجهولا فيكفى حينئذ فى حصول الفسخ نفس الرد فتأمل جيدا.

وعلى كل حال فالظاهر أنه لافرق فى الأحتياج ألى الفسخ بين القول بانتقال المبيع بنفس العقد، والقول بانتقاله بمضى الخيار معه ، بناء على شمول كلامهم لمثل هذا الخيار المسبوق باللزوم ، إذ العقد عندهم وإن لم يكن ناقلا من حينه ، الا أنه يفيد الملك إذا انقضى زمن الخيار فمع عدم فسخه لايستقر ملك ذى الخيار عليه ، فهو لابد منه على القولين وان افترقا بكونه على الاول لعود الملك و، على الثانى لاستقراره ،

نعم قد يتوقف فى اندراج هذا الخيار فى كلامهم بمسبوقيته باللزوم . وانتقاله

-بمجرد جهة الرد عن المشترى الى البايع وإن لم يحصل به الفسخ، و إنّما حصل به الخيار خاصة من غير ناقل شرعاً - لايخلوا من اشكال ، ومن هنا امكن أن يقال : بأن النماء هنا للمشترى الى حين الفسخ مطلقا على القولين ، لانه ملكه . والتزام عوده الى البايع بالخيار على الثانى ، و عدم انتقال خصوص النماء للمشترى ما بين الرد الى حين الفسخ و إن لم ينتقل الاصل الى البايع الابه - كماترى .

وكماأن النماء له فالتلف منه بلاخلاف اجده فيه، للصحيح(١) والموثق (٢)

بل هوكذلك وان كان بعد الرد الاانه مضمون عليه ، لانه وقع فى زمن خيار البايع فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع عليه بالمثل أوالقيمة ، بخلاف التلف قبل الرد الذى هوليس زمان خيار ، كى يستحق الرجوع به عليه بعد الفسخ ، بل المتجه فيه سقوط الخيار ؛ الاان يشترط عليه الرجوع بهعينا أوقيمة ، فيلزم بناء على صحة هذا الشرط ، وبدونه لايلتزم حتى لوتصرف فيه با ختياره تصرفا ناقلا، فضلا عن التلف السماوى ، للاصل، وظاهر الصحيح والموثق .

وكيف كان فمورد النص نماء المبيع وتلفه اذاكان الخيار للبايع ، لكن يعلم منه حكم نماء الثمن وتلفه فى هذه الصورة ، وحكم نماء العوضين وتلفهما اذاكان للمشرى ويسقط هذا الخيار بانقضاء المدة ولما يحصل الرد والايجاب من ذى الخيار ، و التصرف والاذن فيه كما فى مطلق خيار الشرط على مـا ستعرف انشاء الله تعالى عند تعرض المصنف ، فانه نوع منه ،وإنما يغايره فى زيادة قيد الرد ،فلايخالفه الافيما يقتضيه القيد

وقد يستظهر عدم سقوط هذا القسم من خيار الشرط بالتصرف ، لان المدار عليه فى هذا الخيار ، ولانه شرّع لانتفاع البايع بالثمن، والمشترى بالمبيع فلوسقط به سقطت الفائدة فى وضعه .

وللموثق (٣) المفروض فى بيع الدار لاحتياج البايع الى الثمن المصرّح فيه

---

(١) (٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١ بطريقين .

٣ - الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١

بكون الغلة للمشتري و ردّ بأنه ـ مع مخالفته لاطلاق النصوص السقوط بالتصرف لان المدار عليه ـ أن التصرف المسقط ما كان في زمن الخيار وهو لا يحصل هنا الا بعد الرد ولا ينا في شيء مما ذكر لزومه به بعده ، لان ذلك زمنه لا قبله . وإن كان قادرا على ايجاد سببه فيه ،ان المدار على الفعل لا القوة ، على انها لا تتم فيما اشترط فيه الرد في وقت منفصل عن العقد ، كيوم بعد سنة .

ولا فرق على الظاهر في التصرف في المردود بين كونه عين مال المشترى مثلا،و بين كونه مثله أو قيمته، لصدق الرد بدلالة التصرف فيه بعده على الالتزام شرعاً أو عرفاً على الوجهين السابقين ، وقد يحتمل في الاخيرين العدم ، لعدم صدق التصرف فيه، ضرورة تغاير البدل للاصل ، الأأن الاول اقوى ، هذا .

ولكن قد ينا قش في دعوى أن زمن الخيار بعد الرد ، باقتضائها جهالة الابتداء حينئذ اولا ، وبصدق زمن الخيار عليها جميعها عرفا،ثانيا ، وبمنافاتها لما تسمعه منهم في غير مرة من جعل هذه المدة زمن خيار ، ثالثا ، منها ـ ما اعتمدوه في رد قول الشيخ بالملك بعد انقضاء الخيار ، بهذه النصوص (١) المصرّحة بان المبيع ملك المشترى والثمن ملك البايع قبل انقضاء مدة الخيار ، فلولا انها مدة خيار ما اتجه لهم ذلك الا على تكلف بعيد ؛ فلاحظ وتأمل .

ثم ان المعتبر في رد المبيع رد العين مع الاطلاق ، بخلاف الثمن الذى مبنى هذا النوع على التصرف فيه غالبا ، فيكفي فيه المثل ،بل قد يحتمل ذلك في المبيع اذا كان مثليا لصدق الرد عرفاً ، ولا اعتبار بالقيمة في ذوات الامثال ، نعم قد يحتمل الاكتفاء بها مطلقا في خصوص الثمن ، لكن يقوى اعتبار رد العين نفسها الأأن تقوم قرينة معتبرة على ارادة الاعم فتتبع ، هذا .

واعلم أن جميع ما ذكرناه في خيار المؤامرة و الخيار برد الثمن جريا على

---

١ ـ الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار

ماذكره الاصحاب ، وظاهرهم أنها على مقتضى العمومات ، بل هو صريح غير واحد منهم ، بل هو مقتضى ماذكروه من التعدى عن محل النص في الخيار برد الثمن ، لكن قد يشكل ذلك بانهما معاً من التعليق الممنوع في البيع ونحوه ، من غير فرق فيه بين كونه في نفس العقد ، وبين كونه في متعلق العقد كالشرط ونحوه ، فلو باع واشترط شرطاً مثلا قد علقه على مجيىء زيد في مدة معينة مثلا ، لم يجز بلاخلاف أجده فيه والفرق بينه وبين تعليق الخيار على رد الثمن أو على أمر زيد به غير واضح ، والتعبير بعبارة لا تعليق فيها في اللفظ ؛ لا يرفع التعليق في المعنى ، فان اشتراط الخيار حال رد الثمن أو حال أمر زيد به كاشتراطه حال قدوم الحاج أو مجيىء زيد في مدة معينة مثلا .

فالتحقيق حينئذ الاقتصار في خيار الرد على النصوص ، ومايمكن إلحاقه بمافيها ، وأما خيار المؤامرة فلم نجد فيه نصا بالخصوص ، فان كان اجماعاً فذاك والا اشكل بماذكرناه إلا اذا فرض على وجه لا تعليق فيه والله اعلم .

﴿القسم الرابع﴾

﴿خيار الغبن﴾ بلاخلاف أجده فيه بين من تعرض له ، عدا ما يحكى عن المصنف من انكاره في حلقة درسه ، والموجود في كتابه خلاف هذه الحكاية ، واستظهره في الدروس من كلام الاسكافي ، لان البيع مبني على المغالبة ، ولا ريب في ضعفه ، بل في التذكرة نسبته الي علمائنا ، وفي الغنية الاجماع عليه ، وهو بعد التتبع الحجة مضافا الي ما قيل من النهي عن أكل مال الغير «الا أن تكون تجارة عن تراض» في الكتاب(١) والسنة (٢) والنصوص «غبن المسترسل سحت» كما في احدها(٣) «والمؤمن» في آخر(٤) وفي ثالث «لا يغبن

---

(١) سورة النساء الاية ٢٩

(٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب مكان المصلي الحديث ١-٣

(٣) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ١

(٤) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٢

المسترسل فان غبنه لا يحل »(١) وماورد من النهي عن تلقي الركبان وأنهم مخيرون اذا غبنوا(٢) وخبر الضرار(٣)

وفي الجميع نظر، ضرورة حصول التراضي، والا كانت المعاملة باطلة، لأن فيها الخيار، وعدمه على تقدير العلم لو سلم؛ لا ينافي الرضا الفعلي الذي عليه المدار، وإن كان الداعي له الجهل، والمراد من النصوص المزبورة، كراهة خدع المؤمن المطمئن اليك الواثق، و زيادة الربح عليه، وعن مجمع البحرين «الاسترسال: الاستيناس والطمأنينة الى الانسان والثقة فيما يحدثه، واصله السكون والثبات ومنه الحديث» الى آخره

على أن مقتضى الحكم بانه سحت البطلان، لا الخيار، كما أن مقتضى عدم الحل الاثم، بل ماثبت من الخيار عند الاصحاب أعم مما فيه الغبن بمعنى الخدع، وخبر الركبان لم نقف عليه فى كتب الاصول، بل فى الحدائق ولا في كتب الفروع، وإن كان فيه انه يكفي ارسالهم له، بل لعله اقوى من ذكر المتن، وفي الغنية «نهى ﷺ عن تلقي الركبان» وقال «فان تلقى متلق فصاحب السلعة بالخيار اذا دخل السوق» وحديث الضرار(٤) مع قطع النظر عن كلام الاصحاب لا يشخص الخيار بل لا يقتضى الا الاثم ان اريد منه النهي.

نعم قد يستفاد منه المطلوب إذا اريد منه عدم مشروعية ما فيه ضرر، مضافا الى اصالة صحة البيع وحليته، وجبر كثير من محال الضرر بالخيار وفتوى الاصحاب وأن الخيار وجه جمع بين الحقين ورافع للضرر من الجانبين، بخلاف الالزام بالارش ونحوه، والامر سهل بعد ماعرفت من الاجماع المزبور، نعم يشترط فيه أمران أحدهما ــ جهل المغبون القيمة وقت العقد بلا خلاف، ضرورة تسلط الناس على اموالهم (٥) فله أن يقدم على بيع ما يساوي مأة بواحد، فمع العلم والاقدام لا خيار قطعاً، كحدوث الزيادة و النقيصة بعده، و في التذكرة والمسالك الاجماع عليه، بل فى الثاني منهما وغيره التصريح بعدم الفرق بين

---

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب آداب التجارة الحديث ٧
(٢) المستدرك ج٢ ص٤٦٩ كنز العمال ج٢ ص٢٠٦
(٣) (٤) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣ و٤ و٥
(٥) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

من تمكن من المعرفة ولو بالتوقف وغيره، لكن قد يشكل الاول إن لم يكن اجماعا بانه هو أدخل الضرر على نفسه فلا خيار له، كمن أقدم على البيع بالمسمي وإن فرض مساواته أضعافه، فان الظاهر عدم الاعتبار بجهله والأصل اللزوم فتأمل.

ومن الجاهل الناسي كحدوث القيمة للمبيع ولما يعلم بها ويقبل قوله في الجهل مع إمكانه في حقه كما في الجامع وجامع المقاصد والمسالك لاصالة عدم العلم، ولأنه مما يخفى و لا يعلم الا من قبله، واحتمل في الثاني العدم ، لاصالة لزوم العقد فيستصحب الى ثبوت المزيل، وأشكله بأنه ربما تعذر اقامة البينة ولم يتمكن الخصم من معرفة الحال، فلا يمكنه الحلف على عدمه، فيسقط الدعوى بغير بينة ولا يمين، ثم قال: كالاول، نعم لو علم ممارسته لذلك النوع في ذلك الزمان والمكان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يلتفت الى قوله وهو كذلك ، اما النسيان فقد يقوى عدم قبوله بقوله .

الثاني ـ الزيادة والنقيصة التي لا يتسامح الناس بمثلها عادة فلا يقدح التفاوت اليسير، والمرجع في ذلك ـ بعد ان لم يكن له مقدر في الشرع ـ الى العرف، وهو مختلف بالنسبة الى المكان والزمان ونحوهما . ولو اختلفا في القيمة وقت العقد فعلى مدعي الغبن البينة، لاصالة اللزوم، والظاهر ثبوت خيار الغبن من اول العقد لا حين ظهوره، فلو اسقطه حاله سقط وإن لم يكن عالما به؛ كما أن الظاهر كونه على التراخي مالم يحصل ضرر على الاخر؛ للاصل خلافاً لبعضهم منهم ثاني المحققين والشهيدان مع أن الاخير منهما قد استوجه الأول في بحث تلقي الركبان بعد أن حكاه عن المصنف .

وكيف كان فلعل الفور اقتصارا على موضع اليقين ، و لاقتضاء التراخي الاضرار بالمردود عليه ، لتغير السعر بتغير الزمان ، ولان قوله تعالى «أوفوا بالعقود » (١) ونحوه مما يقتضي اللزوم كما أنه عام في الافراد كذلك في الاوقات و الا لخلي عن الفائدة فلا يتصور حينئذ استصحاب في الخارج لبقاء غيره على مقتضى العام ، والاصل عدم تخصيصه ،

---

(١) سورة المائدة الاية ـ ١

وفيه عدم انحصار الحكم الشرعي في [illegible] ، وقد عرفت تقييده بعدم الضرر ، والاية وغيرها مطلقة بالنسبة الى الزمان [illegible] الاستصحاب .

ومن ذلك كله ظهر لك المراد من قول المصنف ـ ﴿من اشترى شيئا ولم يكن من اهل الخبرة﴾ مثلا ﴿وظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به﴾ في مثل هذا البيع والزمان والمكان ﴿كان له فسخ العقد اذا شاء﴾ ـ ودليله ، أنه كما يثبت للمشترى يثبت للبايع ، لاتحاد الدليل بل لو فرض تصور الغبن فيهما كما إذا وقع البيع على شيئين في عقد واحد وكان كل منهما بثمن معين في احدهما الغبن على البايع وفي الاخر على المشترى ثبت الخيار لهما معاً هذا . وربما استفيد من التعليق على المشيئة في المتن أنه على التراخي ، وقد عرفت الحال فيه والله اعلم .

﴿ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف﴾ السابق على ظهور الغبن ﴿اذا لم يخرج عن الملك أو يمنع مانع من ردّه كالاستيلاد في الأمة والعتق﴾ كما في القواعد وغيرها من غير فرق بين البايع والمشترى ، وإن كان المصنف لم يذكر الخيار الا للثاني ، الأن الظاهر ارادته المثال ضرورة عدم اختصاصه بالمشترى ، بل خبر تلقي الركبان في البايع (١) مضافا الى الاشتراك بحديث الضرار(٢) وغيره.

وحينئذ فالمراد عدم سقوط هذا الخيار مطلقا بالتصرف الا الناقل او المانع من الرد ، كما أن الظاهر ارادة التصرف من ذى الخيار ، ضرورة عدم السقوط بالتصرف من غيره و إن كان ناقلا ، للاستصحاب وحديث الضرر وغيره ، واحتمال عدم الفرق ـ فيبطل الخيار وإن كان النقل من غير ذى الخيار لتعلقه بالعين فيفوت بانتقالها ـ ـ لا ينبغي صدوره ممن له ادنى خبرة بالنصوص والفتاوى.

نعم ظاهر هم عدم الفرق فيما ذكرنا بين البايع والمشترى كما هو مقتضى الدليل

(١) المستدرك ج٢ص٤٦٩ كنز العمال ج٢ص٢٠٦

(٢) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣ـ٥ .

لکن فی اللمعة « ولایسقط بالتصرف الاان یکون المغبون المشتری و قد اخرجه عن‌ملکه ؛ ثم قال : و«فیه نظر ، للضرر مع الجهل بالغبن ، فیمکن الفسخ و الزامه بالقیمة أوالمثل، وکذا لو تلفت العین أو استولد الامة، و ظاهره‌بل‌کادیکون صریح الروضة فی اول‌کلامه عدم سقوط خیار البایع لو کان هو المغبون و قد تصرف فیه تصرفامخرجا ، وهوکما تری‌لانعرف له‌وجهاو لادلیلا ، بل‌ولاموافقا.

نعم فی جامع المقاصد «لوتصرف البایع فی الثمن‌فهل‌یسقط خیاره‌ام‌لا؟ وهل یفرق بین التصرف المخرج عن الملك ، وغیره ؟ لاأعلم فی‌ذلك تصریحا » لکن فی عبارة التذکرةمایقتضی عموم سقوط الخیار هنا بالتصرف‌إذاکان‌مخرجا عن الملك ، فانه قال : « ولایسقط هذاالخیار بتصرف المغبون ، للاستصحاب إلا أن یخرج عن الملك ببیع وعتق و شبهه ، لعدم التمکن من استدراکه » هذالفظه، وهو شامل لما قلناه ، مع احتمال أن یرید به تصرف المشتری خاصة إذاکان هوالمغبون ، لکن ما استدل به بعینه قائم فیماذکرناه

قلت : لاینبغی التأمل‌فی عدم الفرق‌کما هومقتضی إطلاق القواعد وغیر هـا ، والادلة، وصریح‌الروضة فی‌آخرها والمسالك وغیرها ، بل‌الظاهر ضعف ما ذکره من النظر الذی قداعترف فی‌الروضة بأنه لم‌یقف علی قائل به ، لاصالة اللزوم‌فی‌العقد، ولأن المعلوم من‌ثبوت الخیار مادامت العین علی ملکه ، و قیام‌قیمتها مقامها فی ذلك مع‌التصرف فیه محتاج الی‌الدلیل ، وفرق واضح بین المقام و بین الانتقال الی القیمةلوکان المتصرف غیرذی الخیار الذی هو تصرف فی‌حق غیره ، فیتجه‌الانتقال الی القیمة بخلاف المقام‌الذی‌کان التصرف فیه من‌ذي الحق ، فسقوطه فی‌الحقیقة مستند الی فعله ، بخلاف الاول الذی مبناه معلومیة عدم سقوط‌حق شخص‌بتصرف آخر ،فاطلاق‌الاصحاب‌حینئذعدم‌السقوط‌بالتصرف‌الاالمخرج‌منه‌فی‌محله،فتامل‌جیدا.

وحاصل البحث فی المسئلة وفروعهاأن التصرف مع‌ثبوت الغبن إما أن‌یکون

في المبيع المغبون فيه أو في ثمنه أو فيهما ، ثم إما أن يخرج عن الملك؛ أو يمنع من الرد مانع كالاستيلاد أو يرد على المنفعة خاصة كالاجارة ، اويوجب تغير العين بالزيادة العينية كغرس الارض ، أو الحكمية كقصارة الثوب او المشوبة كصبغه ، أو النقصان بعيب ونحوه ، أو بامتزاجها بمثلها بما يوجب الشركة بالمساوى أو الاجود أو الأردى أو بغيرها أو بهما على وجه الاضمحلال ، كالزيت يعمل صابونا ، أو لا يوجب شيئا من ذلك ، ثم إما أن يزول المانع من الرد قبل الحكم ببطلان الخيار أو بعده ، أو لا يزول ، والمغبون إما البايع ، أو المشتري ؛ أو هما ، فهذه اكثر اقسام المسئلة ، و مضروبها يزيد على مأتي مسئلة و هي مما يعمّ بها البلوى و حكمها غير مستوفى في كلامهم .

وجملة الكلام فيه أن المغبون إن كان هو البايع لم يسقط خياره بتصرف المشتري مطلقا ، فان فسخ ووجد العين باقية على ملكه لم تتغير تغيرا توجب زيادة القيمة ولا يمنع من ردها أخذها ، لعودها الى ملكه بالفسخ ، بل وكذا إن وجدها متغيرة بصفة محضة كالطحن والقصارة ونحوهما ، لكن في المسالك «في استحقاق المشتري أجرة عمله ، وجه قوى» وفي الروضة الجزم به بل قال فيها : «وان زادت قيمة العين شاركه في الزيادة بنسبة القيمة» وفيه أن العمل قد وقع في ملكه فلا يستحق به عوضا ، و زيادة القيمة إنما كانت بصفة راجعة الى المال بنفسه ، وإن كانت بعمله فلا يستحق بها شركة .

فمن الغريب جزمه بذلك خصوصاً بعد رجوعه باجرة العمل كما هو واضح ، نعم إن كان التغير صفة من جهة وعينا من اخرى كالصبغ صار شريكا بنسبته إذا فرض زيادته بذلك ، مع احتماله مطلقا ، ولو كانت الزيادة عينا محضة كالغرس أخذ المبيع وتخير بين القلع بالارش والابقاء بالاجرة ، لانه مقتضى الجمع بين الحقين ، اذ الوضع كان بحق ، و لو رضى ببقائه بها واختار المشتري قلعه ، فالظاهر انه لا ارش له بل كان عليه تسويته ، ولو كان زرعاً وجب ابقاؤه الى أوان بلوغه بالاجرة ، و ليس له

القلع بالارش لان له أمداً ينتظر ، وإن وجدها ناقصة ففى الروضة « اخذها مجاناً كذلك انشاء» وفى المسالك« ان لم يكن النقص بفعل المشتري ، وإن كان بفعله فالظاهر انه كذلك » اى ياخذها مجاناً ولاشيء له ، لانه تصرف فى ملكه تصرفا مأذونا فيه فلا يتعقبه ضمان.

وفيه أن النقصان بفعل الله أو بفعله كتلف العين وإتلافها فكما أنه لو فسخ ووجدها تالفة أو متلفة يرجع بالقيمة فكذا هنا ، واحتمال سقوط الخيار هنا مناف لا ستصحابه والعين كالمضمونة في يد من لاخيار له لذى الخيار ، نحو العكس الذى ستسمع التصريح من الروضه بضمانها كلاو بعضاً وإن كان من قبل الله تعالى ، وإن كان فيه ما فيه ، و إن وجدها ممتزجة بغيرها ففى الروضة و المسالك« انه إن كان بمساو أو أردى صار شريكا إن شاء ، وإن كان بأجود ، ففى سقوط خياره أو كونه شريكا بنسبة القيمة أو الرجوع إلى الصلح أوجه ، وفى ثانيهما أن الثالث لايخلو عن قوة ، لبقاء ماله و أصالة بقاء خياره » .

وفيه مضافا الى عدم ذكر الارش اذا فرض النقص بالمزج بالأردى ، وعدم تقييد الشركة بنسبة القيمة ، أن الثاني هو الاقوى وأنه لافرق بينه وبين المزج بالأردى ، لكن على معنى الشركة في الثمن لا العين ، للزوم الربا في الربوي بناء على عمومه لكل معاوضة ولعدم المعاملة بينهما والامتزاج أعم من ذلك كما هو واضح ، وكأن الاول مبني على سقوط الخيار بالتلف ولو كان من فعله ، وهو غريب.

ومنه يعلم مافى قوله فيهما ايضاً متصلا: «ولو مزجه بغير الجنس بحيث لايتميز فكالمعدومة » إن أراد بذلك سقوط الخيار. فتامل جيدا، فانه يمكن ارادته سقوط الخيار في العين على معنى الانتقال الى المثل أو القيمة ، وإن وجد ها منتقلة عن ملكه بعقد لازم كالبيع ونحوه ففى الروضة والمسالك و غيرهما ، رجع بالمثل أو القيمة ، و لعله للجمع بين مايقتضى بقاء الخيار، وعموم مادل على صحة العقد و لزومه ، وهذا و

إن لم يذكروا غيره في المقام بل لايخلوا عن قوة ، إلا أنه يمكن أن يتحصل من كلامهم في غيره وهو بيع من لاخيار له ، أن فيه وجوهاً آخر ايضاً.

منها ـ البطلان ، نظرا إلى أن حق الخيار كحق الرهانة لايصح معه التصرف الا بالاذن، ومنها ـ الصحة لكن متزلزلة كالاصل ، لعدم زيادة الفرع عليه ، وفيه قوة ايضاً ومنها ـ التفصيل بين العتق ونحوه وغيره ، فينفذ في الأول و ينتقل الى المثل والقيمة دون غيره ، ولتحرير ذلك محل آخر ، كما أن ما فيهما ايضاً من أنه كذلك يرجع بالمثل اوالقيمة لو وجدها على ملكه مع عدم امكان ردها كالمستولدة ، يحتمل ايضاً احتمالا آخر تقدم في بيع ام الولد ، وهو انه تنقل إليه لسبق حقه على الاستيلاد فلا يؤثر منعا.

وكيف كان فاذا استمر المانع استمر السقوط ، وفي الروضة «وإن زال قبل الحكم بالعوض بأن رجعت إلى ملكه أو مات الولد اخذ العين مع احتمال العدم ، لبطلان حقه بالخروج فلا يعود ، ولو كان العود بعد الحكم بالعوض ففي رجوعه إلى العين وجهان ، من بطلان حقه من العين، وكون العوض للحيلولة وقد زالت» وفيه أولا أنه لا يعقل للحكم بالعوض بعد الفسخ معنى معتبر يترتب عليه ماذكره ، بل المدار على حال الفسخ الذى به يتشخص ما للفاسخ من العين او المثل أو القيمة، فلو رجعت العين أو زال المانع قبله، اتجه فيه ماذكره مع احتمال الفرق بين الاستيلاد وغيره ، فيرجع العين فيه دون المبيع ونحوه . نعم يمكن الحاق فسخ البيع بالاقالة به ، لا ما اذا تملكه جديدا بسبب آخر ، ومن ذلك يعلم الحال فيما لو رجعت أو زال المانع بعده ، ولعل الاقوى عدم الرجوع بالعين اذا فرض عودها الى الملك بسبب آخر ، و فسخ الخيار انما يقتضي ابطال ملكه لها بذلك السبب لا مطلقا فتامل جيدا.

وإن وجد العين منتقلة بخيار ففي الروضة والمسالك ايضاً «الزم بالفسخ ، فان امتنع فسخه الحاكم، فان تعذر فسخه المغبون » وفيه أنه لادليل على شيء من ذلك ، بل مقتضى كون الفسخ بالخيار ابطال المعاوضة الاولى ورجوع كل عوض الى صاحبه إن كان موجودا وإلا

فبدله الانتقال الى القيمة وعدم الالزام بالفسخ هنا ، ضرورة أنه حال الفسخ ينبغي انتقال شيء اليه في مقابلة ما ردّه من العوض وليس الا القيمة لا الا لزام بفسخ البيع ، ولعله لذا اطلق المصنف وغيره السقوط بالتصرف المخرج فتامل جيدا.

وإن وجدها منقولة المنافع ففي الروضة والمسالك «جاز له الفسخ وانتظار انقضاء المدة و يصير ملكه من حينه وليس له فسخ الاجارة ، وتظهر الفائدة في ملك مالا يدخل في ملك المنفعة المنقولة من حمل وثمرة واستخدام وعتق ونحوها » و على كل حال فليس له عوض المنفعة التي استوفاها المالك بالاجارة، كما ان الظاهر وجوب رد العوض لو فسخ قبل انقضاء المدة لعود الملك اليه بالفسخ ، واحتمال العدم كما في المسالك لعدم التمكن من الانتفاع التام ضعيف ولو كان النقل جائزا كالسكنى المطلقة ففي الروضة له الفسخ وفيه اشكال خصوصاً بناء على عدم جواز فسخ الاجارة الجائزة باشتراط خيار له اللهم إلا أن يكون مدار فسخ السكنى على من انتقل اليه الملك .

هذا كله إن لم يكن التصرف في الثمن تصرفا مخرجاً أومانعا من الرد و الإسقاط خياره كما عرفت، والنظر السابق الذي عرفته عرفت ما فيه آت هنا. والظاهر أن الاتلاف أقوى من التصرف في الاسقاط هنا كما اعترف به في جامع المقاصد قال: «اما لو تلف بنفسه ففي سقوط الخيار تردد، ينشاء من عدم التمكن من رد العين، ومن عدم التقصير من المشتري فلا يسقط حقه» ومقتضى ما تسمعه من الروضة الجزم بعدم السقوط، بل ظاهره ذلك مع الاتلاف ايضا وأنه يرد المثل أو القيمة حينئذ، ولكنه كما ترى، ضرورة أن الوجه في السقوط بالتصرف المخرج عن الملك ليس الا تعذر الرد الذي هو الاصل في اقتضاء الفسخ، لا للدلالة على الرضا، و الا لم يفرق بين سائر التصرفات ، ولاريب في أنه أقوى تعذرا من التصرف، بل لعله كذلك ايضاً بالتلف بآفة، وعدم التقصير لا ينا في السقوط لتعذر الرد الذي هو مقتضى الفسخ بالخيار، وان خرج منه تصرف غير المغبون ولو باتلاف للاجماع على عدم سقوط خيار المغبون بذلك هذا. وكان ردّ القيمة أو المثل مبني على عدم

اندراج ما نحن فيه فيما ذكروه من قاعدة «التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له» والا كان المتجه عدم رد المثل أو القيمة؛ والانفساخ من غير حاجة الى بقاء الخيار.

وان كان المغبون هو المشترى لم يسقط خياره بتصرف البايع بالثمن مطلقا، بل يفسخ ويرجع بالمثل أو القيمة على نحو ما عرفت اذا لم يكن تصرف في المثمن بما يسقط خياره ولو اتلافا، لكن في الروضة «انه ان تصرف فيما غبن فيه فان لم يكن ناقلا عن الملك على وجه لازم ولا مانع من الرد ولا منقص للعين فله ردها، وفي الناقل و المانع ما تقدم، ولو كان قد زادها فأولى بجوازه، أو نقصها أو مزجها أو آجرها فوجهان؛ وظاهر كلامهم أنه غير مانع.

لكن إن كان النقص من قبله ردها مع الارش، وإن كان من قبل الله تعالى فالظاهر أنه كذالك كما لو تلف، وكذا لو كانت الارض مغروسة فعليه قلعه من غير أرش إن لم يرض البايع بالاجرة؛ وفي خلطه بالاردى، ألارش، وبالاجود إن بذله له بنسبة فقد الصفة والا فاشكال» وفيه أن بعضه لا يجامع ما تقدم فيما اذا كان المغبون البايع، ونحوه ما وقع له في المسالك ايضا فلاحظ وتأمل، ليتضح لك الحال في ذلك وفي صورة اجتماعهما وفي كثير من الفروع المتصورة هنا التي لا تخص المقام في الحقيقة والله اعلم.

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لا يثبت به﴾ إي الغبن ﴿ارش﴾ مطلقا قبل التصرف وبعده، للاصل وحرمة القياس على المعيب ومحكي الاجماع بل محصله. نعم استشكل الفاضل في ثبوت الخيار لو بذل الغابن التفاوت، من انتفاء الضرر الموجب للخيار، ومن ثبوته فلا يزول الا بدليل.

بل جزم بالاول في الحدائق وهو غير ثبوت الارش الذى سمعت الاجماع عليه، و قد يناقش في الثاني بأنه مصادرة، إذ الكلام في ثبوته مع البذل وقد يفرض مقارنته للعقد، كما انه قد يناقش في الاول بعدم انحصار الدليل بحديث الضرار (١) على أن الظاهر منه ارادة

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣ و ٤ و ٥

عدم مشروعیة، مافیه ضرر إلاأنه لمالم یکن معلوماً لناهنا بـالخصوص، لتکثر تصورمـا یندفع به الضرر، قوی فی الظن مشروعیته علی الخیار، للاجماع، ولانه المعلوم مـن جبر الشارع ضرر العقود بالخیار، والجامع بین الحقین وغیر ذلك ممـالایخفی، لأن المـراد تکلیف الضار بدفع ماوقع منه من الضرر، کی یتخیر فیما یدفعه من بذل التفاوت، أوالتسلیط علی الفسخ. لکن روی الحلبی(١) «انه سئل ابوعبدالله علیه السلام عن رجل اشتری ثوبا ثم رده علی صاحبه فابی أن یقبله الابوضیعة؟ قال: لایصلح له أن یأخذه فـان جهل وأخـذه باکثر من ثمنه ردعلی صاحبه الاول مازاد» فتامل جیدا.

القسم الخامس

خیار التأخیر ای «من باع ولم یقبض الثمن ولاسلم المبیع ولااشترط تأخیر الثمن» و لوساعة ولاتأخیر قبض المثمن «فالبیع لازم ثلاثة ایام. فان جاء المشتری بالثمن» فیها استحق «والاکان البایع أولی بالمبیع» منه انشاء الفسخ بلاخلاف محقق معتدبه أجده فیه بل حکی الاجماع علیه مستفیضا أومتواترا. وقال زرارة للباقر علیه السلام فی الصحیح: (٢) «الرجل یشتری من الرجل المتاع ثم یدعه عنده فیقول: حتی آتیك بثمنه؟ فقال: ان جاء فیما بینه وبین ثلاثة ایام، والافلابیع له»

وسأل علی بن یقطین اباالحسن علیه السلام فی الصحیح(٣) «عـن الـرجل یبیع البیع ولایقبضه صاحبه ولایقبض الثمن؟ فقال: ألاجـل بینهما ثلاثة أیام فان جاء قبض بیعه،

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب احکام العقود الحدیث ١

(٢)(٣) الوسائل الباب ٩ من ابواب الخیار الحدیث ١ و٣

والافلابيع بينهما» وقال العبد الصالح عليه السلام في موثق ابن عمار(١) «من اشترى بيعا فمضت ثلاثة ايام ولم يجيء فلابيع له» وقال عبدالرحمان بن الحجاج: (٢) «اشتريت محملا فأعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه ثم احتبست أياما، ثم جئت الى صاحب المحمل لاخذه فقال: قد بعته فضحكت ثم قلت: لا والله لا ادعك أو أقاضيك، فقال لي: ترضى بابي بكر بن عياش؟ قلت: نعم فأتيناه و قصصنا عليه قصتنا، فقال ابو بكر: بقول من تريد أن أقضي بينكما أبقول صاحبك أو غيره، قال: قلت: بقول صاحبي، فقال: سمعته يقول: من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة ايام، والافلابيع له» لكن قد يوهم ظاهر هذه النصوص خصوصاً صحيح ابن يقطين منها الانفساخ قهرا الذي هو اقرب الي نفي الحقيقة من نفي اللزوم، وبلفظها عبر الصدوق، بل ترك الاسكافي الظرف منها بل في المبسوط(٣) «روى اصحابنا أنه إذا اشترى شياء بعينه بثمن معلوم، وقال للبايع: أجيئك بالثمن ومضى فان جاء في مدة الثلاث كان البيع له وإن لم يجيء في هذه المدة بطل البيع» الا أنه يمكن ارادته بطلان اللزوم بقرينة كلامه في غيره من كتبه، خصوصا الخلاف الذي نسب فيه الخيار الى اجماع الفرقة وأخبارهم، كما أنه يمكن ارادة ذلك من النصوص ولو بمعونة الشهرة والاجماع المستفيض أو المتواتر، وأصالة الصحة وعدم المبطل وغير ذلك.

على أنه هو المناسب للارفاق للبايع، اذ قد يدخل عليه الضرر بنقصان القيمة في هذه المدة بل قد يدعى انصراف الاطلاق اليه ولو بقرينة المقابلة في الشرطية، مضافا إلى ظهور التقييد بالظرف في ثبوت البيع للبايع، واللزوم قابل للتبعيض بخلاف الصحة، ولا ينافيه صحيح ابن يقطين(٤) لصدق نفي اللزوم بينهما ولو بنفيه للبايع منهما. فمن الغريب بعد ذلك كله جزم المحدث البحراني بالانفساخ.

---

(١)(٢) الوسائل الباب ٩ من ابواب الخيار الحديث ٣ و٢

(٣) المبسوط ج٢ ص٨٧ الطبع الحديث.

(٤) الوسائل الباب ٩ من أبواب الخيار الحديث ٣

وعلی کل حال فشرطه عدم قبض الثمن ،وعدم اقباض المبیع ،والحلول فیهما إجماعا بقسمیه ،وفی الغنیة نسبته الی روایة أصحابنا ولولا ذلک لامکن المناقشة فی اشتراط الثانی ، لا طلاق الموثق(١) وغیره الذی لایقیده مافی سؤال صحیح ابن یقطین ، بل قد یظهر من سؤال صحیح زرارة(٢) اقباض المبیع وترکه عند البایع ، وقد اعترف بعض الافاضل بعدم ظهور النصوص فی الشرط المزبور ، بل ظاهرها خلافه ، لکن قال لعل استناد الاصحاب الیها مبنی علی کون القبض عندهم فی نحو المتاع النقل لامجرد قبض الید .

وفیه أن ذلک مذهب جمع منهم ، والظاهر اتفاقهم هنا علی الشرط المزبور ، و لکن الامر سهل بعد الاجماع المذکور ، فلو وجدا أو احدهما فلاخیار وإن ابقاه عند صاحبه خلافا للمحکي عن الشیخ من ان للبایع الفسخ متی تعذر الثمن ، وقواه فی الدروس ، و لم یستبعده فی المسالک ، وهو مع أنه غیر ما نحن فیه من خصوص هذا الخیار ــ ضعیف لانه هو أدخل الضرر علی نفسه بتسلیم المبیع ، ولأن فائدة الفسخ التسلط علی العین ، فان تمکن منها اخذها مقاصة کغیرها والا فلا فائدة له.

وعلی کل حال فلو انتفی القبض منهما ولو للبعض فالخیار باق فی الکل بلاخلاف وفی خبر ابن الحجاج(٣) دلالة علیه ،وکذا لو قبض فبان مستحقا کلا أو بعضا لانه کعدم القبض ، بخلاف قبض المعیب فانه صحیح ویسقط به خیار البایع ، قیل :ویکفی فی الثمن مطلق القبض بخلاف المبیع فیشترط فیه اذن البایع ،کما صرح به جماعة ، ولوّح الیه آخرون ،لان قبض الثمن من فعل البایع کاقباض المبیع فیسقط حقه بهما ؛ وقبض المشتری لیس فعلاله فلا یسقط حقه بفعل غیره ، وهو جید لو أن السقوط بالقبض المأذون فیه ، لدلالته علی اسقاط الحق ، أما اذا لم یکن لذلک بل لتغیر الصورة الثابت فیها الخیار فیبقی علی اصل اللزوم ، ففیه ان النصوص أدل هنا علی کون القبض للثمن بالاذن فیها علی غیره ،

---

(١) الوسائل الباب ٩ من ابواب الخیار الحدیث ٣

(٢)(٣) الوسائل الباب ٩ من أبواب الخیار الحدیث ١ و ٢

بل لادلالة فيها على المثمن كما عرفت.

اللهم الا أن يقال أن النصوص لادلالة في شيء منها على اعتبار شي، منها اذجاء و نحوه مجرى الغالب في دفع الثمن، الى المالك، لا ان المراد منه الشرطية بل العمدة الاجماع، وهو ثابت في الاقباض كما عرفت دون قبض الثمن، بل قد يدعى تحققه في عدم اعتباره، لاطلاقهم القبض فيه والاقباض في المثمن، أو يقال: إن الاذن معتبرة في اقباض المبيع دون الثمن، كما يظهر من بعض كلماتهم في باب القبض، وإن كان فيه مافيه، لكن مع ذلك كله أطلق في الروضة وغيرها اعتبار الاذن في القبض، وقد ينزل على ارادة الاقباض، فتامل نعم لو أجاز البايع لزم، خلافا للمحكي عن الشيخ لعدم الا قباض، وهو ضعيف ولو مكنه منه فعن التحرير سقوط الخيار وهو جيد بناء على أنه التخلية، و الافالاشبه البقاء وإن اسقطنا الضمان به، لمنع عموم البداية، فالاصل بقاء الحق.

وأما الحلول فمستنده ـ بعد الاجماع ـ الاصل السالم عن معارضته المنساق من النصوص. مؤيدا بأن الواجب مع الشرط مراعات الاجل طال أو قصر فلايتقدر بالثلاثة، وإثباتها بعد الحلول خروج عن ظاهر الفتوى و الدليل، ولو شرط التأجيل في البعض فأخر الباقي فالاقرب السقوط، وفاقاً للفاضل و المحكي عن ولده وغيره، للاصل ايضا السالم عن معارضة النصوص، بعد ما عرفت من ظهور سياقها في حلول الجميع، مؤيدا بأنه ساقط في المؤجل بالشرط، فيسقط في الكل لئلا يثبت التبعيض.

والعمدة ماعرفت، بل عن التحرير اشتراط خلو الثلاثة عن الخيار للبايع كالحلي في خصوص الشرط منه ولابأس به، بعد استثناء خيار المجلس لو قلنا بأن مبدئها من حين العقد، للاصل المزبور، المؤيد باندفاع ضرر التاخير، و ظهور النصوص و الفتاوى على سبق اللزوم ثلاثا فينتفي الخيار مطلقا.

قيل: وليس المراد به نفي الخيار المخصوص لأن الثابت بالتاخير أصل الخيار و الحكم لايتقيد بالسبب، وإن كان في الأخير ما فيه، كالمحكي عنهما ايضاً من اشتراط

خلوها عنه مطلقا ، اوخصوص الشرط للمشتری ایضاً ، للاصل ایضاً ولان شرط الخیار فی قوة اشتراط التاخیر ؛ وتا خیر المشتری بحق الخیار ینفی خیار البایع ، ضرورة منافاته لاطلاق الادلة ، واللزوم ـ المفهوم من النص والفتوی فی الثلاثة ـ إنما هو للبایع دون المشتری ، فلامانع من خیاره بوجود أسبابه ، بل مقتضی کلام الفاضل عدم هذا الخیار فی الحیوان مطلقا ، وهو مناف لعموم الادلة التی منها یعلم فساد ماعن الحلی ایضاً ، لعدم الفرق بین الاصلی والمشترط . وفی الدروس « یحتمل ثبوت الخیار مطلقا، فلو اشترط المشتری فسخ البایع بعد الثلاثة ولو شرطاه وخرج الخیار فکذلک » وفیه ـ مضافا الی ماعرفت من سقوطه فی اشتراط الخیار للبایع ، ـ انه یلزمه تأخیر الثلاثة عن محلها المستفاد من النص والفتوی .

ولایشترط کون الثمن معینا قطعا ، أما المبیع فعن ابی العباس والصیمری و ظاهر المبسوط والمراسم والوسیلة والتحریر ذلک ، وفی الانتصار وعن الخلاف اشتراط تعیینها ، لکن الظاهر ارادة الاحتراز به عن النسیة ونحوها ، بل هو محتمل الکتب المزبورة، فینحصر القول حینئذ بالاولین خلافا لاطلاق الاکثر وصریح المحکي عن القاضي بل عنه الاحتجاج له بالاجماع فهو ـ مع اطلاق معقد غیره وعموم النصوص ـ الحجة فی الخروج عن الاصل ،وتغیر الصورة وانتفاء العلة ممنوعان ، ویظهر من بعض الاساطین اشتراط التغایر بین البایع والمشتری بالذات فی هذا الخیار ، ولعله لاندعو المستفاد من النصوص، فیبقی غیره علی اصل اللزوم ، لکن یمکن أن یستفاد مما سمعته فی مثل ذلک فی خیار المجلس ثبوته فی المقام ، وفرض تصوره واضح ، الاانه یقوی فی النفس الاول هنا ، ویعرف البحث فی الوکیل ونحوه مماتقدم سابقا فلاحظ وتأمل.

ثم ان ظاهر النص والفتوی اختصاص هذا الخیار بالبیع والبایع کماهو مقتضی الاصل ، بل نفی بعض الاساطین الخلاف فی الاول وحکی الاجماع فی الثانی الذی نص علیه المفید والمرتضی حاکیا ثانیهما الاجماع علیه ایضاً ، وعن الدروس أنه استشعر الخیار له من عدم

حكمهم باجباره على النقد ، لكن فيما حضرني من نسختها «لاخيار للمشتري بعد الثلاثة ولافيها في ظاهر كلامهم مع أنه يلوح منه جواز تاخير الثمن اذلم يحكموا باجباره على النقد» قلت : لعل وجهه احتباس المبيع والرضا بالتاخير كماهو الظاهر .

ولافرق في اعتبار الثلاثة في هذا الخيار في النصوص السابقة والفتاوى بين الحيوان وغيره ، والانسي من الاول وغيره ، الا ماينعتق على المشتري فان الظاهر سقوط الخيار فيه وتعين المطالبة بالثمن لماسمعته في خيار المجلس ، وليس هو كالتلف والتصرف الذي لايسقط الخيار ، بل يفسخ وينتقل حقه للمثل والقيمة ضرورة كون التعارض في الادلة في نحو الفرض في اصل ثبوت الخيار ، فمع فرض ترجيح ادلة الانعتاق يرتفع اصل الخيار ، ولاوجه للانتقال الى المثل أوالقيمة انهو فرع الاستحقاق .

وكيف كان فلافرق في تقدير المدة المزبورة بين افراد المبيع ، خلافا للصدوق حيث قدر المدة في الامة بشهر ، للخبر(١) «فيمن اشترى جارية وقال: اجيئك بالثمن ، إن جاء فيما بينه وبين شهر ، والا فلا بيع له» الذي رماه في الدروس بالندرة وفي المختلف بالقدح بالسند ، وإن كان فيه مافيه ، وعن الاستبصار احتمال حمله على الندب ، ولايخفى أن الخبر واضح الدلالة ، نقي السند ، مؤيد باصل اللزوم الاأن شذوذه ـ وغرابة اختصاص الأمة بهذا الحكم ولزوم الضرر بطول المدة ـ يمنع من تخصيص تلك العمومات به ، فالعمل على المشهور وحمله على بيان منتهى الصبر طريق الجمع .

وكيف كان فقد قيل: إن مبدء المدة من حين التفرق ، وأنه ظاهر الشيخين والسيدين والقاضي والديلمي والحلي والعلامة في المختلف والتحرير ، لماعرفت من ظهور النص والفتوى في لزوم البيع في تمام المدة ، ولوكانت من حين العقد لاشتملت على خيار المجلس فينتفي الزوم في المجموع ، بل الجميع في بعض الصور ، بل لعل المتبادر من قوله عليه السلام(٢) «إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة ايام» مجيئه من وقت المفارقة؛ اذلايعقل المجيىء حال

---

(١)و(٢) الوسائل الباب ٩ من ابواب الخيار الحديث ٩ـ١

الاجتماع الا اذا اريد به مجرد دفع الثمن وهو خلاف الظاهر، فهو حينئذ من الافتراق و إن اشترط في العقد سقوط خيار المجلس لعموم المقتضي.

نعم بناء على أن المنساق ما ذكرناه اولا، إتجه حينئذ كون الابتداء من حين العقد مع اشتراط السقوط، لانتفاء المانع حينئذ هذا. ولكن قد يقال: إن المنساق من النص و الفتوى كونه من حين البيع، وخيار المجلس بعد ندرة طوله غير قادح في ارادة اللزوم في اكثر الثلاثة، على أن المراد اللزوم من حيث التاخير، لا من كل وجه فتامل .

وفي فورية هذا الخيار و تراخيه ما عرفت سابقا، بل القول بالثاني هنا اولى، و عن الشهيد في قواعده التصريح به، كما انه ظاهر التذكرة لاطلاق الادلة، بل لم أجد قائلا بالاول هنا، وإن كان محتملا نظرا الى تعليل الفورية في غيره، بالاقتصار على المتيقن فيما خالف اصل اللزوم. نعم تردد المحقق الكركي في الفورية هنا مع جزمه بها في خيار الغبن والرؤية، وكان منشأه احتمال كون المقتضي هنا اطلاق الادلة لا الاستصحاب و نحوه . بل لا يسقط بالمطالبة بالثمن بعد الثلاثة، لأعميتها من الدلالة على الرضا بلزوم العقد، أما لو فرض ذلك ولو لقرينة، إتجه السقوط كما في غيره من الخيارات، وقد سمعت في خيار المجلس والحيوان ما يؤمي اليه من النصوص(١) والاستصحاب بعد صدور الدال على الالتزام لا وجه له، إذ احتمال عدم سقوط هذا الخيار بنحو ذلك كما ترى، ولعله على ذلك يحمل ما عن ظاهر المشايخ والديلمي والحلي من السقوط بالمطالبة، وكذا يسقط باشتراط السقوط كما عن الشهيد وغيره النص عليه ، عملا بالشرط، وبالاسقاط بعد الثلاثة ايضا كما هو شأن الحقوق أما لو أسقطه فيها فقد قال: بعض الاساطين لا يسقط، لعدم ثبوت الحق، وقد يحتمل السقوط باعتبار حصول سبب الاستحقاق وهو العقد، ولا يسقط ببذل المشتري الثمن بعدها قبل الفسخ للاستصحاب و إطلاق الادلة ، ولم يثبت كون العلة فيه الضرر فيثبت و يزول بزواله مع أن البذل بعدها ، قد لا يدفعه في بعض الاحوال، خلافا للفاضل ولم يسوغ له الفسخ والاقوى الاول .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لو تلف﴾ المبيع ﴿كان من مال البايع في الثلاثة و بعدها على

(١) الوسائل الباب ٢ و ٣ من ابواب الخيار

الاشبه» بل لاخلاف فيه في الثاني، بل حكي الاجماع مستفيضاً أو متواتراً عليه. لقاعدة «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» المعلومة بالنص (١) و الاجماع والخبر (٢) «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجب له، غير أنه ترك المتاع ولم يقبضه، وقال: أتيك غداً فسرق المتاع من مال من يكون؟ فقال: من صاحب المتاع الذى هو في بيته، حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ اليه ماله».

و«قاعدة التلف في مدة الخيار ممن لاخيار له» لاتشمل المقام، و لولا نها مخصوصة بما بعد القبض، ووفاقاً للمتاخرين في الاول، بل عن الخلاف الاجماع عليه، وهو الحجة بعد الخبرين، خلافاً للمفيد والسيدين والمحكي عن سلار، فمن المشتري، وربما مال اليه الشهيد في المحكي عن نكته، بل في الانتصار والغنية الاجماع عليه، لانه ملكه و لاتقصير من البايع اذ لاطريق له الى الفسخ، وبه افترق عن التلف بعدها، ولان النماء له فالضمان عليه، كما يستفاد من بعض نصوص خيار الشرط (٣)، والنقض بالتلف بما بعد الثلاث مدفوع بالاجماع ثمة دون المسألة، إلا ان ذالك كله كما ترى، بعد الخبرين المزبورين المعتضدين بفتوى المتاخرين وبعض من تقدمهم، الموهون بها الاجماعان المذكوران .

وفي الوسيلة «أنه من ضمان البايع وإن كان بغير تفريط، الا أن يكون عرض التسليم ولم يتسلم المبتاع، فان تلف بتفريطه كان من ضمانه على كل حال» ونفى عنه الباس في المختلف بعد تخصيص الدعوى بالثلاث قال: «و كلام ابي الصلاح يدل عليه، فانه قال: فان كان تأخيره من قبل المبتاع فهلاكه و نقصه من ماله» قلت: لايخفى مافيه بناء على عدم تحقق اسم القبض بمثل الفرض المزبور، ولم يثبت ارتفاع الضمان به وإن لم يسم قبضا، و المنقول عن الحلي موافقة المفيد، وعبارة الوسيلة مطلقة في الثلاث وغيرها، على ان الظاهر

(١) الوسائل الباب ٨ و ١٠ من ابواب الخيار الحديث ١ و٣

(٢) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الخيار الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ١ و٣

كون مبناها تنزيل التمكين منزلة القبض في نقل الضمان، وهو يقتضي ضمان المشترى مع حصوله مطلقا، فلا وجه للتخصيص، بل نقل الضمان من البايع بالتمكين المزبور مذهب الشيخ وجماعة، بل عن ظاهر الخلاف الاجماع عليه، وحينئذ فيشكل إطلاق القول بضمان البايع في الثلاثة كما هو المشهور وفيما بعدها من الجميع ان ثبت الاجماع، ومن خصوص القائل إن لم يثبت ولا يندفع الا باشتراط عدم التمكين في أصل الخيار كما عن التحرير أو تخصيص محل النزاع بما اذا انتفى كما عن السرائر، فيكون ما في الوسيلة موافقا للمشهور لا أنه قول ثالث كما وقع من غير واحد؛ والله اعلم. هذا كله فيما لا يفسده البقاء.

﴿و﴾ أما ﴿إن اشترى ما يفسد من يومه﴾ وقد تركه عند البايع حتى ياتيه بالثمن ﴿ف﴾ قد روى محمد بن ابى حمزة مرسلا عن الصادق عليه السلام و ابى الحسن عليهما السلام(١)» انه ﴿إن جاء بالثمن﴾ فيما بينه وبين الليل» اى ﴿قبل الليل «والا فلا بيع له»﴾ ولا يقدح ارساله بعد اعتضاده بما في ذيل مرسل أبن رباط (٢) عن الصادق عليه السلام على ما في الفقيه» والعهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم الى الليل» و إن احتمل أنه من كلام الصدوق بل لعله الظاهر؛ وانجباره بعمل الاصحاب وموافقة الاعتبار و حديث الضرار (٣). نعم اختلفت عباراتهم في تادية المراد بعد اشتراكها في التحديد بالليل ففي جملة نحو ما في المتن من الامتداد اليه من دون تعرض للمبدء وفي اخرى تقدير المدة بيوم، وفي ثالثة جعل الخيار الى الليل، الا أنه مناف لما في النص وأكثر العبارات من أنه مبدأه لا منتهاه فيجب رده اليه وإن بعد، والامر سهل بعد وضوح المراد.

نعم قد يشكل الحديث والفتاوى بأن الغرض من الخيار دفع الضرر بالفسخ قبل فساد المبيع، واذا كان مما يفسده ليومه كما هو المفروض، وجب ان يكون الخيار قبل

---

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب الخيار الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب الخيار الحديث ٢

(٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣ و ٤ و ٥

الليل، ليتاتى للبايع فسخه، ودفع الضرر عن نفسه، وبأن البيع يقع فى طرفى النهار وفى الاثناء، وقد يقع فى الليل ايضا، والتحديد بالنهار كلاً أو بعضاً لا يطرد فى الجميع، و الحمل على مقدار اليوم خروج عن ظاهر النص والفتوى، ولا يتاتى معه الغرض المطلوب فى الاكثر، ومن هنا حمل الشهيد فى الدروس النص على ما يفسده المبيت، نظرا الى الغالب فى نحو الخضر والفواكه واللحوم والألبان، وإلى شيوع استعمال اليوم فيما يشمل الليل، فيثبت الخيار حينئذ فيما هو كذلك، وقد يبيع فى النهار عند انقضائه ودخول الليل، وربما سواه الى مايقتضيه الاصل، وحديث الضرار ودلالة الايماء؛ وهو جيد جدا، وارتضاه المحقق الكركى ومال اليه الشهيد الثانى وغيره، ومقتضاه ثبوت الخيار فى غير مورد النص عند خشية فساده مطلقا، فلو كان مما يتسرع إليه الفساد فى بعض يوم فالخيار فيه قبل الليل، ولو كان مما لا يفسد فى يوم، تربص به البايع إلى خوف فساده، فيتخير حينئذ، وإن مضى عليه يومان وأكثر، واحتمل العلامة فى هذا انتظار الليل لورود التحديد به شرعاً، ويضعف بما عرفت، وبأن مورد النص الفاسد ليومه، وليس هذا منه، فيستمر فيه اللزوم الى خوف الفساد، بمقتضى الاصل السالم عن المعارض.

وقد يحتمل فيه وفى غيره ملاحظة النسبة لما يفسده المبيت فيفسخ مع بقاء زمان بعدمه الفساد كزمانه، فتأمل ويكفى الفساد فى تغير العين ونقص الوصف وإن لم يبلغ حد التلف، كما فى الدروس وجامع المقاصد وظاهر المسالك، وهل ينزل فوات السوق منزلة الفساد؟ إحتمله الشهيد، للزوم الضرر بنقص السعر، وهو قوى، وإن احتمل العدم ايضا، إقتصارا فيما خالف الاصل على المتقين.

ثم إن الظاهر إتحاد البحث فى تلفه كذى الثلاث، لاتحاد الطريق و هو صريح الغنية أو كصريحها مدعيا عليه الاجماع، وربما احتمل كونه من البايع هنا مطلقا عند غير من صرح من المفصلين ايضا، لاقدامه على التاخير فيما هو مظنة التلف، كما أن الظاهر من الماتن وغيره، بل عن جماعة التصريح به، بل فى الغنية الاجماع عليه كون هذا الخيار من

جملة افراد خيار التاخير، فيشترط فيه، مايشترط فيه من الامور الثلاثة، ويجرى فيه ايضا كثير من الفروع السابقة. والله أعلم هذا تمام الكلام في الخيارات الخمسة ﴿و﴾ أما ﴿خيار العيب﴾ ف ﴿يأتي﴾ البحث فيه ﴿في بابه ان شاء الله تعالى﴾ لكثرة فروعه ﴿وأما احكامه﴾ اى الخيار

فتشتمل على مسائل

﴿الاولى﴾ المشهور أن ﴿خيار المجلس لايثبت في شيء من العقود عدا البيع﴾ بل في الغنية و محكي الخلاف الاجماع عليه للاصل السالم عن المعارض خلافا للمحكي عن المبسوط و القاضي والحلي فأثبتوه في نحو الوديعة و العارية و القراض و الوكالة و الجعالة، وهو ضعيف لما عرفت، مؤيدا بان الخيار فيها عام ايضا لايقبل السقوط، فلا تاثير للمجلس، إلا أن يقصد منع التصرف فيه معه، كما احتمله في الدروس ولادليل عليه، ولايصح في الوديعة لامتناعه فيها مطلقا بل ولا في غيرها، لوجود الاذن المسوغ كذلك ومنع في المختلف إجماع الخلاف، لان ثبوت الخيار مطلقا يستلزم ثبوته في المجلس، و فيه أن الممنوع خيار المجلس دون الخيار فيه، فان أراد الثاني كان النزاع لفظيا. و كيف كان فلا دليل علي ثبوت حق فيها مغاير لحق الجواز الثابت بأصل الشرع

﴿و﴾ أما ﴿خيار الشرط﴾ فيثبت في كل بيع لايستعقب العتق، سلماً كان أو صرفاً أو غيرهما، لعموم المقتضى، خلافا للفاضل في موضع من التذكرة فيهما ، و للغنية ومحكي المبسوط و الخلاف والسرائر في الثاني، لاقتضاء إعتبار القبض في المجلس فيهما، ألا فتراق بلاعلقة، وإشتراط الخيار علقة؛ وهو كماترى، ودعوى الاجماع من الثلاثة

على الثاني ـ التي منعها غير واحد من الأصحاب ـ على مدعيها، بل في المسالك « أطبق المتاخرون على منعها، مؤيدا ذلك، بأن من عدا المدعي ممن تقدم عليه؛ أو تاخر عنه، بين مطلق ثبوته في البيع، وبين مصرح به» بل في موضع آخر من التذكرة التصريح بثبوته لكن على إشكال .

نعم قد يظهر من إقتصار الدروس على حكاية الشيخ الاجماع، ومنعه من الفاضل نوع توقف فيه، بل في التحرير و القواعد في ثبوته إشكال، إلا أن ذلك لايقدح في دعوى منع الاجماع، خصوصا مع شهرة الصحيح المثبت بعمومه الخيار، بين الفقهاء و المحدثين، وقد رواه أئمة الحديث (١) والاقدمون من فقهاء أصحاب الائمة عليهم السلام، ولاراد له ولامعارض له يخصصه، بل لعل مبنى الاجماع المدعى، على الاجماع على اشتراط القبض الذي ظن المدعي منافاته لاشتراط الخيار، فيكفى في رفعه حينئذ وضوح عدم التنافي .

و كذا ﴿يثبت في كل عقد﴾ لازم، معاوضة كان اولا، ﴿عدا النكاح و الوقف﴾ بلاخلاف أجده في المستثنى منه، إلا في الضمان من الفاضل في أحد قوليه، والصلح مطلقا من المحكي عن المبسوط والخلاف، وخصوص ما يفيد منه فائدة الابراء من الكركي، تبعاً للفاضل في التحرير، وخصوص الصلح عن المجهول، والدعوى الغير الثابتة بالا قرار من المحكي عن الصيمري، والكل شاذ ضعيف، لعموم المقتضى، وعدم ثبوت أن ما في الذمة إذا انتقل لايعود، بل هو ينتقض بجملة من المقامات .

وكذا دعوى إسقاط الحق، أو أن الصلح لايقبل الخيار، فان ذلك كله لا مانع من حصوله على جهة التزلزل، و بلاخلاف إيضافي الاول من المستثنى، بل في جامع المقاصد والمسالك والمحكي عن الخلاف والمبسوط والسرائر الاجماع عليه، وهو الحجة بعد تأيده بمشاكلته العبادة، وابتنائه على الاحتياط التام وسبق التروى فيه وتوقفه على رافع مخصوص، فلايرتفع بغيره.

---

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار.

أما اشتراطه في الصداق فلا بأس به، كما صرح به الفاضل والكركي، للعموم، وفي المتعة اشكال إن لم تكن مندرجة في النكاح الذي هو معقد الاجماع. وعلى المشهور في الثاني بل في المسالك أنه موضع وفاق، وهو الحجة. وإن كان فيه أنه تبعه في الدروس وغيرها على أنه موضع خلاف. نعم هو لا يقدح في الاجماع الكاشف فان تم كان هو الحجة، والا كان للنظر فيه مجال، وان كان قد علل باشتراط القربة فيه، وهو مناف لاشتراط الخيار، وبأنه فك لا الى عوض، فلا يقبله كالعتق، لكن فيهما معاً منع.

ومنه ينقدح النظر في الحاق العمرى والحبس وما في معناهما به في جامع المقاصد للاشتراك في المعنى المذكور، بل وينقدح ايضاً في عدم دخوله في الهبة قربة الى الله تعالى، مع أنه قال في التذكرة: «وأما الهبة فان كانت لاجنبي غير معوض عنها ولا قصد بها القربة ولا تصرف المتهب يجوز للواهب الرجوع فيها. وإن اختل أحد القيود لزمت. وهل يدخلها خيار الشرط الأقرب ذلك» وظاهره تناولها خصوصاً وقد نفى الباس عما ذهب اليه الشافعي من عدم دخوله في الوكالة والقراض والشركة والوديعة والجعالة، قال: «لانها عقود جائزة لكل منهما فسخها سواء كان هناك شرط خيار أولا» فحمل كلامه هنا على الهبة الجائزة لا يخلوا من منافاة له، فالاولى بناء دخوله في ذات القربة على التنافي بينهما، وعدمه، و الحكم بجواز الدخول في اللازمة منها للعوض أو القربة؛ كما هو مقتضى تعميم المصنف وغيره للعموم، وبناؤه في غير ذلك على دخوله في العقود الجائزة وعدمه.

فعن الشيخ والقاضي والحلي: دخوله فيما سمعته عن الشافعي استنادا إلى العموم المقتضي إطراده في كل عقد جائز، ويقتضيه إطلاق المتن والغنية والارشاد و القواعد و الدروس، ومنعه العلامة في المختلف والتحرير والكركي والشهيد الثاني، وقد سمعت نفي الباس عنه في التذكرة لعدم تاثير الشرط في الجائز بالأصل، ويضعف بعدم اشتراط التأثير في الشروط، فان منها ما يؤكد مقتضى العقد، فان أريد خصوص المؤثر هنا عاد النزاع الى اللفظ، على أنه قد يؤثر فيهما الو لزم الجائز كالهبة بالتصرف مثلا، فان له الفسخ حينئذ بالشرط، وكذا

المعاطاة لو كان التصرف من ذي الخيار. فتامل هذا . وقد علم مما ذكر، حكم الشرط فيما اختلف في لزومه وجوازه كالسبق والرماية ، أو يلزم من أحد الطرفين دون الاخر كالرهن، واستشكل في التحرير جوازه من الراهن وإن لزم العقد من جهته ، لان الرهن وثيقة الدين ، والخيار ينافي الاستيثاق ، ورد بمنع المنافاة، فان الاستيثاق في المشروط بحسب الشرط ، فتحصل من جميع ذلك أنه لا يثبت في النكاح والوقف خاصة من العقود .

﴿وكذا﴾ لا يثبت في ﴿الابراء والطلاق﴾ وفي الاقالة ماستعرف ﴿والعتق﴾ من الايقاعات ﴿إلا على رواية شاذة﴾ (١) لا يلتفت اليها كالقول بها بعد الاجماع في المحكى عن المبسوط على الاخيرين، وفي المسالك على الاولين ، وعن الحلي نفي الخلاف في الثالث الذى ينافي اشتراط الخيار فيه اعتبار القربة ايضاً بناء على المنافاة ،كما أنه ينافيه في الثلاثة ، انها من الايقاعات لا العقود ، ولذا احتج ــ في المحكي عن السرائر ــ على عدمه في الثاني بخروجه عن العقود ، ومقتضاه إطّراد الحكم في الجميع ، وعدم اختصاصه بالثلاثة ،كما يوهمه الاقتصار في المتن وغيره عليها ، ولعلها كذلك ، لابتناء الايقاع على النفوذ بمجرد الصيغة فلا يدخله الخيار ، والمفهوم من الشرط ماكان بين اثنين كما ينبه عليه الصحيح « من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عزوجل فلا يجوز على الذى اشترط عليه » فلا يتاتى في الايقاع المتقوم بالواحد ،

وقد يلحق بالطلاق ألاقالة بناء على عدم تعقل العود بعد الفسخ من غير سببه وفيه بحث، سيما بعد اطلاقهم دخوله في العقود بناء على أنها منها ، وسيما بعد حكمهم في الشفعة، بقابلية الاقالة للفسخ ،كالبحث في إلحاق الكتابة المطلقة به في التحرير ؛ وعن التذكرة وان كنت لم أتحققه فيما حضرني من نسختها ، ودعوى أن الحرّ لا يعود رقا لا دليل عليها على الاطلاق ، بحيث يشمل الحرّية المتزلزلة كما في جملة من المقامات المذكورة في كتاب العتق وغيره وحينئذ ، فتتفرع على ذلك فروع جليلة لا تخفى بادنى تامل .

منها ــ حكم المال الحاصل له في زمن الحرّية إذا عاد إلى الرقية ، أما المشروطة ففي جامع المقاصد دخوله بالنسبة للمولى قال : «وفي العبد قولان إختار الثبوت الشيخ،

(١) المستدرك ج٢ ص٤٧٣

والعدم المصنف في التحرير، نعم قد يلحق بالطلاق الخلع و المبارات » وفي التذكرة و جامع المقاصد دخوله في القسمة سواء كان فيها ردّاً أولا ، وفيه بحث ايضاً . ثم إن الظاهر دخول خيار الشرط بجميع أقسامه كخيار المؤامرة ورد الثمن ونحوهما ، لكن فيما يتصور فيه ذلك كعقود المعاوضة ، للعموم المقتضي عدم الفرق فيه بين البيع وغيره ، واحتمال قصرهما على البيع ـ للدليل والافلا يجوز للجهالة ـ ضعيف جداكما هو واضح . و أما الغبن فثبوته في ساير عقود المعاوضة بناء على أن مدركه حديث الضرار(١) ـ متجه.

المسألة ﴿الثانية التصرف﴾ من المشتري في المبيع ﴿ يسقط خيار الشرط﴾ له﴿كما يسقط خيار الثلاثة﴾ بلا خلاف معتد به أجده فيه ، بل في الغنية و جامع المقاصد ومحكي الخلاف وكنز الفوائد الاجماع عليه، وهو ـ بعد شهادة التتبع له ـ الحجة مضافا الى ما عن الشيخ والقاضي من ورود الأخبار من طريق الاصحاب بذلك محتجين بها عليه ، وكفي بهما ناقلين ، والى دعوى الاولوية، فانه متى سقط به الخيار الاصلي كالحيوان ، فالشرط أولي ، وإن كان فيها ما فيها ، كدعوى العموم من العلة المنصوصة في الصحيح (٢) في خيار الحيوان ، ضرورة أن الفاء فيه رابطة ، لا تعليلية ، نعم بعد تعذر ارادة الحقيقة من الحمل فيه ، وجب حمله على ارادة دلالته على الرضا ، و حينئذ لا تفاوت بين الحيوان وغيره، ضرورة اعتبار ما دل عليه من الافعال والاقوال ، والمناقشة فيما لم يصل الى حد العلم في الاول ، يدفعها حينئذ هذا الصحيح وغيره ، و احتمال قصره على خصوص الحيوان كما ترى .

وعلى ذلك عول من قيد السقوط بالتصرف بما اذا لم يكن للاختبار ونحوه فيما علم عدم ارادة الالتزام به ، بل المتجه حينئذ أن ما كان ظاهره ذلك كذلك ايضا بل ينبغي عدم السقوط بالمشكوك فيه .

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣-٥

(٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار . الحديث ١

ومن‌هنا وقع خبط فى كلام بعض المتاخرين ، و ربما مال بعض متاخريهم الى دعوى ماسمعته فى الحيوان من أصالة الدلالة فى التصرف حتى يعلم العدم ، جمعا بين ما دل على السقوط به وبين خبر الامداد (١) ونحوه ممايقضى بعدم السقوط به ، إلا أن الجميع كماترى ، مناف لاطلاق الفتاوى ومعقد بعض الاجماعات السابقه ، وما ذكروه فى مسقطات الخيار من عدّ التصرف قسما آخر مقابلا للرضا ، وليس فى قوله عليه السلام «فذلك رضاً منه» ظهور فى أن السقوط بالتصرف للدلالة ، خصوصا مع ملاحظة كون الفاء فيه رابطة للشرط لاتعليلية ؛ وأن بيان الدلالة ليس وظيفة الشارع ، لاختلافه باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال ، فيمكن ارادة قيامه مقام الرضا فى الاسقاط ، بل يمكن دعوى أنه المنساق من أمثاله ، أو إرادة أنه بعد إقدامه على المسقط شرعاً وفعله فهو رضاً منه بالالتزام اذاكان عالماً بأنه مسقط متنبه له ، وكان الاطلاق لغلبة العلم بالحكم الشرعي ، وعدم معذورية الجاهل وندرة الغفلة والسهو ، فالقول بأنه مسقط تعبداً مطلقا لايخلو من قوة ، وتعديته لغير الحيوان بالاجماع المحكي عن الخلاف ان لم يكن المحصل ، وظهور عدم ارادة خصوص المورد فى الصحيح (٢) وغيره وحينئذ لاينبغى التوقف فيه هنا ، بل ولا فى سقوط خيار البايع بالتصرف فى الثمن كماصرح به جماعة وعلم من رأى الباقين لذلك ، ولعدم الفرق بين العوضين ، وخبر ابى الجارود (٣) ـ القاضى بعدم سقوط خيار البايع فى التصرف بالثمن فى خيار الرد ـ محمول على ما عرفت سابقا من كون التصرف فيه قبل تحقق الخيار ، لأنه إنما يحصل بعد الرد كما عرفته سابقاً ، والمدار حينئذ على صدق الحدث فيه ناقلا كان أوغير ناقل .

نعم قد يتوقف فى الحدث فيه خطأً ـ بل أوغفلة أونسيانا أن فيه الخيار أو

---

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الخيار الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب الخيار الحديث ٣

لظن أنه الخالی منه ـ من صدق اسم الحدث فیه ، ومن أن المنساق من قوله «احدث فیه حدثا» قصد الاحداث فیه ، خصوصاً بعدان لم یکن عمومه لغویا ، وقد یؤیده فی الجملة عدم سقوط خیار الغبن بالتصرف غیر الناقل اذالم یعلم بالغبن ، ولکن لایخفی علیك الفرق عرفاً بین الحدث خطئاً وبین الغفلة والنسیان ، فهو من ذی الخیار مسقط لخیاره ، من غیر فرق بین الاختبار وغیره ، وخبر رد الامداد مع الشاة (١) القاضی بعدم سقوط الخیار بالحلب ، مع الطعن فی سنده وشذوذه، وعدم ظهوره فی الرد بالخیار بل قد یظهر منه عدمه ، و منافاته لمادل علی أن النماء فی زمن الخیار للمشتری ، ـ یمکن القول بأن استخراج الحلیب الذی هوملکه لیس إحداثاً فیها ، کما أن اشتراط بیع ما فیه الخیار بالایجاب قبل البیع فی خبری الحلبی والسکونی الاتیین (٢) من الشواذ التی لم یعمل بهما احدفیما اعلم .

ومن ذلك کله یظهر لك مافی جامع المقاصد والمسالك والریاض وغیرها، فلاحظ وتأمل . نعم قد یتوقف فیماذکره غیرواحد ـ بل نسبه بعض الاساطین ألی الاصحاب مشعراً بدعوی الاجماع علیه ، بل فی الغنیة نفی الخلاف عنه ـ من الفسخ بتصرف کل منهما فیما انتقل عنه ، اذالم یکن دالاعلی ارادة الفسخ فضلا عماعلم منه عدم الدلالة أوکان ظاهرا لعدم الدلیل إن لم یکن اجماعا علی الحاقه بالتصرف الملزم بناء علی السقوط به تعبدا ، ودعوی الدلالة علیه ـ کدلالته فی المنتقل الیه علی الامضاء ـ یدفعها ما عرفت من عدم دوران السقوط فی المقیس علیه علی الدلالة ، ولیس فی الادلة، مایقتضی التعبد هنا ، بل لیس فیها مایقضی باعتبار غیر مقطوع الدلالة علیه من الافعال ، الافحوی مادل علیه فی الامضاء ،ویمکن منعها إن لم ترجع الی التنقیح ومنعه لعدم المنقح إن لم یکن اجماعاً کماهو مفروض المسألة .

وأما الاستدلال علیه ـ بأن هذا التصرف لولم یکن فسخا لکان ممنوعامنه شرعاً

---

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الخیار الحدیث ١

(٢) الوسائل ـ الباب ١٢ من ابواب الخیار الحدیث ١ـ٢

لمصادقته ملك الغير على المشهور من الانتقال بنفس العقد ، والاصل في تصرفات المسلمين وقوعها على الوجه السائغ الصحيح فيكون فسخا ـ كما ترى ، ضرورة عدم انحصار وجه الصحة في ذلك ، ولا يتم في إجراء العقد خاصة عليها ، وكون الفضولي على خلاف الاصل، لاينافي قدحه في الدلالة على أن المراد الفسخ به تعبداً كالامضاء ، فلاتتنقح دلالته على ارادة عدم الفسخ به .

نعم لابأس بذكر هذا الامور مؤيدة بعد دعوى الاجماع على الفسخ بكل ما لووقع في المنتقل اليه كان اجازة ويكون هو العمدة حينئذ ، لكن في فساد التصرف لو كان بيعا و نحوه ، وصحته وجهان ، بل قولان يتشأن من حصول الملك به، فلايحصل شرط الصحة الذي هو سبق الملك ، ومن أن الفسخ يحصل بالقصد المقارن للتصرف ، فيتقدم ويحصل الشرط ، وهو الذي اختاره الكركي وعليه فرّع جواز الوطيء له ، وفيه أنه حصل بالقصد لا بالفعل كما هو المفروض ، بل لابد من الالتزام في البيع ونحوه، كون وقوع تمام الصيغة الذي يحصل به مسمى التصرف، شرطا كاشفا عن حصول الانفساخ قبله آناًما ؛ وهذا وان ارتكبناه في غير المقام ، الا أنه لمكان الدليل المخصوص الدّال على الصحة ، والحصر طريق الجمع بينه وبين مادل على اعتبار سبق الملك بدعوى التقدم الـذاتي ، بخلاف المقام الذي لايتوقف الحكم بالفسخ علـى صحة التصرف، بل يكفي ولو كان فاسداً اي لم يترتب عليه أثره ، هذا اذا كان التصرف بالبيع ونحوه .

أما اذا كان بالانتفاع كاللمس والتقبيل والوطي ونحوها ، فيمكن القول بحصول الفسخ بها ، وأنه مقارن للدخول في الملك من غير اثم ، تحكيما لمادل على أن له الفسخ باي فاسخ، يكون المستفاد من نفس ثبوت الخيار له على مادل على حرمة التصرف في مال الغير، بحمله على مالايقارنه الملك من التصرف ، خصوصاً مع خفاء اندراج هذا الفرد ، فزمان الفسخ حينئذ والدخول في الملك واللمس واحد . ولا بأس به . فتأمل جيدا فأنه دقيق نافع .

وربما ظهر من الدروس التردد في الجواز، بل صريح التحرير الحرمة، و هو ضعيف لما عرفت، بل يمكن القول به في البيع ونحوه ، بناء على منع اعتبار سبق الملك فيه ونحوه لعدم الدليل، بل مقتضى اطلاق الادلة خلافه ، و قوله عليه السلام «لا بيع الا في ملك»(١) لا يقتضي ازيد من اعتبار اصل الملك في البيع ، على وجه يشمل المقارن في مثل الفرض لا اقل من الشك، وقد عرفت أن مقتضى الاطلاق الصحة في مثل الفرض الذى هو من باب ترتب المعلولات الغير المتنافية بعللها، وان كانت العلة في وجود الجميع واحدة ، فيترتب حينئذ علي التصرف الفسخ ، المقتضي لعود الملك للفاسخ، المقتضي لانتقاله عنه الي المشترى ، المقتضي للانعتاق او فرض كونه اباً له .

وربما يؤيده ماذكروه في الوكالة، من حصول عقدها بالقبول فعلا من الوكيل ، بأن يفعل ماوكل فيه من تزويج أو بيع أو نحوهما، فان الوكالة والبيع حصلا بعلة واحدة، و الظاهر عدم زيادة اعتبار الملك في مضي البيع علي اعتبار الوكالة فيه، فان بيع الوكيل و المالك سواء في ذلك ، وبالجملة لامانع من تسلسل العلل المترتب على كل منها معلولها، وإن اتحد العلة الاولى معها، نعم لا يعقل حصول المعلولات المتنافية لعلة واحدة كماهو واضح، ومما يؤكد المقام ظهور ارادة القائل بكون البيع مثلا فاسخا الصحيح منه، لا الفاسد الذى يكون فسخه من الدلالة علي ارادته، لأنه فسخ بالتصرف ، بل هو صريح استدلالهم علي الفسخ باصالة الصحة في العقد. والله العالم .

﴿ولو كان الخيار لهما و تصرف احدهما﴾ فيما انتقل اليه من المبيع أو الثمن ﴿سقط خياره﴾ بايعا كان أو مشتريا وسواء كان التصرف جائزا كالانتفاع بغير الوطى أو غيره كالوطي ونحوه، اذ لا تلازم بين حصول الالتزام وحلية التصرف، اذ لا ريب في صدق اسم الاحداث في العين وان كان حراماً، لأن الاثم حكم شرعي لامدخلية له في صدق الاسم كما صرح به في الدروس .

---

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ١

نعم قد يتوقف في صدق الاحداث بالبيع و نحوه، بناء على عدم نفوذه على الخيار للاخر، بل لعل صدق عدم الاحداث عليه اولى، خصوصا بعد تفسير الاحداث في الصحيح(١) بمثل التقبيل واللمس، واحتمال كون التهيأ للصحة ولو بالاجازة احداثا بعيد.

ولكن التحقيق الجواز في الجمع من غير فرق بين العتق وغيره « لأن الناس مسلطون على اموالهم» (٢) ولم يثبت مانعية تعلق حق الخيار، وليس فيه إبطال لحق صاحبه، لانتقاله إلى القيمة حينئذ أو المثل، أو أن له التسلط على فسخ العقد الاخر على اختلاف الوجهين أو القولين الذين أقوا هما الاول، لاطلاق ما دل على اللزوم، وانقطاع الملك الحاصل له بالعقد الاول بما وقع له من العقد الثاني، فيقع الفسخ من ذي الخيار على ما ليس بملك له، إلا أنه لما كان الحق متعلقا بالعقد الذي وقع على العين التي نقلها الشارع إلى القيمة أو المثل، فالفسخ يفيد انتقالها إليه كما لو تلف، و لا فرق بين الوطي وغيره من الانتفاعات كما هو ظاهر المحكي عن المبسوط و صريح التحرير، و احتمال الحبل ـ فتكون أم ولد فيمتنع ردعينها بعد تسليم امتناع الرد به كما هـ و الأصح ـ غير صالح لتخصيص ما دل على تسلط الناس على أموالهم، وإلا لامتنع الانتفاع بها في غيره، لاحتمال التلف به إيضا، كما أنه لا فرق بين العتق وغيره، وبناؤه على التغليب غير صالح للفرق هنا بعد ما عرفت.

ومن ذلك كله ظهر لك ما في كلام الفاضل في القواعد فانه جزم بعدم نفوذ بيع المشتري ووقفه وهبته إذا كان الخيار لهما أو للبايع إلا باذن البايع، و استشكل فيه في العتق وجزم بجواز الوطي له، كباقي وجوه الانتفاع تارة، وتردد فيه بالخصوص من بينها أخرى، بل والشهيد في الدروس حيث أطلق التردد في جواز تصرف المشتري إذا كان الخيار مختصاً بالبايع، و في تصرفه ايضا، والبايع مع اشتراك الخيار بينهما، إذ لا إشكال

---

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ١ و ٣

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

في جواز تصرف المشترى إذا لم يكن وطياً ولا ناقلا.

وكيف كان فالتحقيق ماعرفت، ويؤيده في الجملة ماسلف لهم في الغبن من صحة التصرف، و انتقال ذى الخيار إلى المثل أو القيمة، واحتمال الفرق بفرض كلامهم هناك في التصرف مع الجهل بالخيار - غير مجد، لان الظاهر تعلق الخيار فيه حال العقد وإن لم يكن معلوماً، فلو كان حق الخيار مانعا، أبطل التصرف وإن كان المتصرف جاهلا وهو واضح. ثم إنه على كل حال يسقط خيار المشترى بالوطي وإن أثم كما عرفت: ولو فسخ البايع بعد الاستيلاد إنتقل إلي القيمة عندنا، وعن الشيخ والقاضى أنه يرجع بقيمة الولد والعقر، و هو جيد بناء على عدم الانتقال إلا بعد انقضاء الخيار وكان الوطي شبهة، لكن ستعرف ما في المبني عليه.

ولا فرق فيما ذكرنا بين اشتراك الخيار بينهما واختصاصه باحدهما، فللبايع التصرف في ثمنه وإن كان الخيار مختصا بالمشترى كالعكس، ولو تصرف كل منهما أو احدهما فيما انتقل عنه كان فسخا كما عرفت، ولو كان الخيار لاحدهما ونقلهما معاً دفعة ببيع ونحوه بطل، للتدافع بين الفاسخ والملزم من الشخص الواحد، و الظاهر البقاء على اصل الخيار، و احتمال تقديم الاول أو الثاني هنا ضعيفان، وان جزم بالاول في التحرير ولو كان التصرف فيهما من غير ذى الخيار وقف على الاجازة، بناء على جريانها في نحو حق الخيار و مع حصولها لهما معاً يسقط الخيار، وله على اشكال - ابطال التصرف في المنتقل اليه و اجازة الاخر مع إبقاء حق الخيار و الرجوع بالقيمة حينئذ، و ليس له ابقاؤه مع اجازة التصرف في ماله. ولو كان الخيار مشتركا بينهما فتصرف المشترى مثلا فيهما ففي القواعد « صح ماتضمن الفسخ من التصرف، بخلاف الاخر الذي فيه إبطال حق البايع »وفيه اولا أنه لا يتم على المختار، وثانياً - أنه وإن كان باطلا بناء علي منع حق خيار البايع الا - أنه يحصل به الالتزام و سقوط الخيار، كما صرح به في التحرير وجامع المقاصد في غير المقام فيتدافع حينئذ مع ما يقتضى الفسخ المتوقف صحته على عدم الالتزام ؛ فالاقوى اتحاد

الحكم فيها مع الاولى. والله اعلم ،

(ولو أذن احدهما) بالتصرف فيما انتقل اليه *(وتصرف الاخر)* فيما انتقل اليه ايضاً *(سقط خيارهما)* قال في الشرح : «أما خيار المتصرف فواضح، واما الاذن فوجه سقوط خياره دلالة الاذن على الرضا، فيكون التزاماً من البايع بالبيع، واما من المشتري فلان تصرف البايع يبطل البيع؛ فلا يبقى لخيار المشترى أثر، ولو لم يتصرف المأذون لم يبطل خياره.

وفي بطلان خيار الآذن نظر من دلالته علي الرضا المزيل لحقه، ومن عدم منافاة الرضا بزوال الخيار، لان غايته قبل و قوعه أن تكون الازالة بيده ، و هي لا تقتضي الزوال بالفعل، وأطلق جماعة كونه مبطلا، وعدم البطلان أوضح. ولـو كان التصرف غير ناقل للملك، ففي إبطاله الخيار الآذن نظر، لعين ما ذكر» وفيه ـ بعد تسليم ارادة كون التصرف والاذن في المبيع من كل منهما من العبارة وماضاهاها ـ أن الاذن فيما إذا كان المتصرف البايع لامدخلية لها، ضرورة استناد الفسخ حينئذ إلي تصرف البايع ، أذن له المشترى أولم يأذن؛ أما الثاني فواضح، كالاول مع فعل المأذون، بل لعله كذلك وإن لم يفعل، لدلالة الاذن بفعل الملزم، على إرادة الالتزام واسقاط الخيار، بل لعل نفس الاذن بالتصرف من الاحداث فيه، ويحتمل العدم، لمنع الدلالة في الاول، للفرق بين انشاء الالتزام، وبين ارادة مايحصل به الالتزام، وصحة السلب في الثاني، وكانه لا يخلو من قوة خصوصا مع ملاحظة أستصحاب الخيار.

وفي تعليق الارشاد « واعلم أن مجرد الاذن في هده التصرفـات من دون فعل لايكون اجازة ولا فسخا كما هو مصرح به في كلامهم » قلت : ومن ذلك ينقدح الاشكال في الالتزام بالعرض على البيع ، اذ هو أعم من انشاء الالتزام ، لامكان حصوله مع التردد في الفسخ والاجازة ، و دعوى الظهور في الالتزام ممنوعة ، علـى انه ـ بعد التسليم ـ مبني على حجية ظواهر الافعال في مثل ذلك ، وإن كان قديؤيد القول بها

هنا الاجماع على سقوطه بالتصرف الذى هو غير قاطع ، لكنه لايتم بناء على أن السقوط به تعبدي ، لامن حيث الدلالة كماسمعت قوله فيما تقدم .

نعم يمكن الاستدلال على الالتزام بالعرض بخبر السكوني(١) « فيمن اشترى ثوبا بشرط ، فعرض له ربح فاراد بيعه ؟ قال : فليشهد أنه قدرضيه واستوجبه ، ثم ليبعه إن شاء ، فان اقامه بالسوق ولم يبعه فقد وجب عليه البيع » وهو ـ مع اشتماله على مالا يقول به ، من اشتراط بيع ذى الخيار ، بالاستيجاب قبل البيع ـ يمكن منع دلالته ، لاحتمال إرادة إقامة المستوجب في السوق منه ، فيكون حاصله أنه مع الاستيجاب يسقط الخيار إن لم يبعه ، ومتى قام الاحتمال ، بطل الاستدلال ، بعد منع الظهور فلاحظ وتأمل .

ثم لايخفى عليك أن ذلك كله يجري في الاذن بمايقتضى الفسخ ، و العرض الذى يقتضية ايضاً ، و لو أذن أحدهما للآخر في نقل ما انتقل اليه ـ بناء على عدم الجواز مع تعلق حق الخيار ، وفعل المأذون ـ سقط خيار المتصرف قطعاً ، وأما الإذن فقدجزم الكركي وثاني الشهيدين وغيرهما بالسقوط ايضاً بل قد يظهر من التذكرة الاجماع عليه ، وعلله في الجامع بعدم امكان فسخ العقد الواقع باذنه ، قال : «أما اذالم يبع ففي كون مجرد الإذن اجازة إشكال ، ومثله الإذن في ساير التصرفات الغير الناقلة للملك »

قلت : يظهر وجه الاشكال في الاول مماذكرناه أولا ، لأن مرجعه إلى أن الاذن في الملزم ملزم أولا ، وقد سمعت الكلام فيه ، إلا أنه غير جار فيما ذكره من التصرفات الغير الناقلة التى هى إذاوقعت إنما تلزم بالنسبة الى المتصرف ، فالاذن فيه لايستفاد منه التزام الآذن بوجه من الوجوه ، إلا اذاكان المراد من الإذن رفع ما حصل بسببه المنع اى الخيار ، وحينئذ لاينبغى التوقف فى السقوط . و إن لم يفعل

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب احكام العقود الحديث ١

المأذون ، الا أن في دلالة الاذن بالتصرف ـ خصوصا إذاكان خاصاً على ذلك ـ منعا واضحا .

اللهم الا أن يدعي أن حجر الخيار لا يرتفع شرعا مع بقائه ، فالاذن في أي تصرف تستلزم رفعه ، وهو أوضح منعاً ، وكان الوجه ـ في الا لتزام بالاذن بالتصرف الناقل مع وقوعه ـ أن حق الخيار متعلق بالعين وهو الذى أذن في نقلها ، و الأصل براءة الذمة من الانتقال الى المثل أو القيمة ، وينبغي أن يلحق به الاذن بالوطي المتعقب للاستيلاد ، بل كل تصرف يمنع من الرد ، و في إلحاق الاذن في النقل المتزلزل كالبيع بالخيار والهبة إشكال ، قد يظهر من التذكرة الأول وأنه متفق عليه بيننا .

ومن ذلك كله يظهر لك ما في جامع المقاصد والمسالك و غيرهما فلاحظ و تأمل .كما أن منه يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة الطباطبائي في مصابيحه من وجوه قال : «وكما يسقط الخيار بالتصرف فكذا بالاذن فيه كما في الشرايع و التذكرة والقواعد والارشاد والتنقيح لدلالته على الالتزام في المنقول عنه ، والفسخ في المنقول اليه ، فان تصرف المأذون سقط خيارهما و الا فخيار الآذن ، و استشكله المحقق الكركي والشهيد الثاني و غيرهما ، لعدم ظهور الدلالة ، و لان التمكن من الازالة غير الزوال بالفعل ؛ ويضعف بأن مقتضى الاذن رفع الحجر من قبل الآذن ، ولا مانع غير الخيار فيرتفع بالاذن ، ولا يتوقف على وجود التصرف ، و إلا لكان السقوط بالتصرف المأذون فيه ، دون الاذن ، كما اعترفوا به ، فان الآذن لم يوجد منه سوى الاذن ، فان لم يسقط الخيار به لم يسقط بالتصرف الذى هو فعل غيره » فتأمل جيدا .

والظاهر ان التصرف من المتعاقدين لا يسقط خيار الاجنبي ، بل ولا خيار المؤامرة قبل الأمر بالفسخ ، للاصل ، ولا خيار تأخير الثمن قبل الثلاثة اذا فرض إمكانه قبل القبض على اشكال .

المسألة ﴿الثالثة: اذا مات من له الخيار انتقل الى الوارث من أي﴾ انواع الخيار

كان* بلاخلاف معتد به ، بل ظاهر هم الاجماع ، بل عن بعضهم دعواه صريحاً ، للنبوى (۱) المنجبر بالعمل «ماترك ميت من حق فهو لوارثه » المؤيد بعموم غيره كتابا (۲) وسنة (۳) ومافى القواعد من احتمال سقوط خيار المجلس بالموت - فيما لومات احدهما ، لأولوية مفارقة الدنيامن مفارقة المجلس - ليس خلافا فى المسألة عند التأمل ، على أنه في غاية الضعف ، ضرورة إرادة التباعد بالمكان الظاهر فى الجسم من الافتراق ، لافى الروح التى لم يعلم مفارقتها للمجلس، فلاريب حينئذ فى انتقاله الى الوارث .

نعم فى القواعد « إن كان الوارث حاضراً فى المجلس إمتد الخيار مادام الميت والآخر فى المجلس ، وإن كان غائبا إمتد الى أن يصل اليه الخبر إن أسقطنا اعتبار الميت ، و هل يمتد بامتداد المجلس الذى وصل فيه الخبر؟ نظر» وفيه أنه اذا سقط اعتبار الميت امتنع الحكم ببقاء الخيار، لانتفاء متعلقه ، و هو عدم تفرق المتبايعين ، بل الحكم ببقائه دعوى لامستند لها ، وأبعد من ذلك إمتداده بامتداد المجلس الذى وصل فيه الخبر الذى هو ليس مجلس البيع ، خصوصاً مع تعدد الوارث القاضى بمراعاة مجلس كل واحد منهم ، بل إما أن يجعل على الفور أو على التراخى، ومن ذلك يعلم مافى المسالك قال : « و لوكان الوارث غائبا عن المجلس ، ففى ثبوته له حين بلوغه الخبر فورياً ، أو إمتداده بامتداد مجلس الخبر ، أوسقوط الخيار بالنسبة الى الميت ، أوجه»

نعم ما فيها ايضاً من أنه لوقيل بثبوت الخيار للوارث إذا بلغه الخبر وامتداده الى أن يتفرق الميت ومبايعه كان وجهاً جيدا، بناء على اعتبار الميت حال حضور الوارث فى المجلس، وأقرب من ذلك كله - وإن لم اجد من ذكره - ثبوته للوارث مطلقا، للاصل

---

(۱) لم نعثر على هذه الرواية فى كتب الاحاديث من العامة والخاصه بعد الفحص عنها فى مضانها وان استدلوا بها فى الكتب الفقهيه كالرياض ومفتاح الكرامه وغيرها

(۲) سورة البقره الايه ۱۸۰ وسورة النساء الايه ۷

(۳) الوسائل الباب من موجبات الارث

بعد تعذر حصول الافتراق الاختيارى بين البيعين ،كما عرفته مفصلا فيما لو اكره احدهما على الافتراق ، و أنه لا يسقط خيار المكره والآخر ايضاً وإن فارقه اختياراً .فلاحظ وتأمل . فلاحاجة حينئذ الى اعتبار تفرق الوارث ، وأنه على تقديره لو فارق أحد الورثة لم يؤثر ، لعدم صدق افتراق المتبايعين ' نظرا الى قيام الجميع مقام المورث ، مع احتماله ايضاً نظراً إلى ثبوت الخيار لكل من الوارث على جهة الاستقلال ،فافتراقه يؤثر في سقوط خياره ، الا انه لو فسخ الآخر مضى عليه ،كما لو تعدد ذو الخيار،ولا ينزل على حصته لعدم اشاعة حق الخيار في العين ؛ ولذا لم يجز للمورث أن يفسخ في البعض ، وليس للوارث إلا ما كان للمورث .

و من ذلك يتضح لك الحال في كل خيار ورثه متعددون ، وأنه يقدم الفاسخ منهم على الملزم ، لانه لما علم عدم قابلية الخيار للتوزيع في نفسه ـ ضرورة عدم معقولية نصف الخيار وربعه مثلا، وعدم تبعيته ايضاً قسمة العين، لما عرفت من عدم الاشاعة ،وكان يمكن إبقاء النبوي وغيره مما دل على انتقال الحق كان لكل واحد من ورثته على ظاهره لتعقل تعدد من لهم الخيار ، بخلاف المال الذى لابد من تنزيل نحو ذلك فيه على ارادة الاشتراك ، لعدم تعدد الملاك شرعاً لمال واحد بخلاف محل البحث ـ اتجه القول بثبوته حينئذ لكل واحد منهم ، وأنه يقدم الفاسخ منهم على الملزم ،كذوي الخيار فتامل جيدا فانه دقيق .

ثم لا يخفى أنه لا فرق في ارث الخيار بين حصوله فعلا للميت، وبين حصول سببه، فينتقل خيار التاخير، وإن مات البايع في الثلاثة،كخيار رد الثمن وخيار الشرط بعد شهر مثلا ونحو ذلك ، إذ هو حق ايضاً ينتقل بالارث كخيار المؤامرة، فاذا مات المستأمر بالكسر انتقل حقه لورثته، اما المستأمر بالفتح فالظاهر عدمه، لظهور ارادة المباشرة من اشتراط استيماره، ولانه لا حق له عند التامل، اذ لزوم العقد عند أمره بالالتزام [illegible]القا اللزوم في العقد، ولا يجب اتباع أمره بالفسخ، وَإن كان للمستأمر بالكسر الفسخ

عنده، إلا أن ذلك يقضي بكونه حقاً له، لا للمستأمر بالفتح كما هو واضح.

بل لا يبعد ذلك في المشترط له الخيار إذا كان الشرط على جهة المباشرة، فاذا مات لم ينتقل لورثته، لسقوط الحق بعد فرض اشتراطها بموته، وليس ذا شرطاً لعدم الارث كي يكون باطلا، بل يمكن رد إشتراط عدم الارث اليه في بعض الاحوال فيصح.

أما إشتراط الخيار للاجنبي لا على جهة المباشرة، فقد يقوى انتقاله ايضاً الى وارثه لاطلاق النص والفتوى وبه صرح الفاضل في التحرير خلافا له في القواعد، ودعوى أنه انما يورث تبعاً للمال لا شاهد عليها، بل يكفي فيه تعلقه بالمال كالشفعة، بل قد يورث ما لا تعلق له بالمال؛ كحق القذف ويقرب منه حق القصاص.

ومن ذلك يظهر لك قوة القول بارث الزوجة غير ذات الولد ، للخيار فيما اذا اشترى ارضاً وله الخيار، أو باعها كذلك ، وإن استشكل في أحدهما الفاضل في القواعد على أن حق الخيار في الثاني منهما قد تعلق بالثمن الذي إنتقل اليها بالارث، فيتبعه الخيار، وإن كان لو فسخت حرمت ، الا أن ذلك لم يثبت مانعيته من الارث ، كعدم ثبوت اشتراط ارثه بالتبعية لعين، فلها أن تفسخ في الاول ايضاً وترث من الثمن. والله أعلم بحقيقة الحال .

﴿ ولو جن﴾ ذو الخيار ﴿قام وليه مقامه﴾ كما في غيره من امواله وحقوقه ويجري في خيار المجلس ما يقرب مما سمعته في الموت ، وفي المسالك و مثله ما لو خرس ولم يمكنه الاشارة المفهمة والا اعتبرت اشارته كاللفظ ﴿ و﴾ على كل حال ف ﴿لو زال العذر لم ينقض تصرف الولي ﴾ الجامع لشرائط الصحة التي منها مراعاة الغبطة والمصلحة ، او عدم المفسدة على ما هو محرر في محله .

﴿ولو كان الميت﴾ الذي له الخيار ﴿ مملوكا مأذوناً ثبت الخيار لمولاه﴾ اذا كان البيع أو الشراء للمولى ، اذ ذلك له قبل موته ضرورة تبعيته للمال .

أما لو فرض ثبوته للعبد نفسه ، كما لو اشترط مثلا فالأقرب عدم انتقاله

للمولى كما سمعته في الاجنبي ولوكان ذلك في ماله ، ولوكان البيع لأجنبي وشرط الخيار للعبد ففي التحرير هو للمولى ايضاً على اشكال ، قلت : لعله من عدم الدليل على ثبوت كل ما للعبد حتى الفرض للمولى ، و فيه أن الاية (١) وغيرها مما استدل بدعلى ذلك يشمل الأموال والحقوق ، فلا يبعد حينئذ انتقاله للمولى حال الحيوة ، فضلا عن الموت ، بل لعل ذلك هو المدار في الانتقال بالموت ، ومنه حينئذ يظهر أنه لامدخلية للموت في ذلك ، اذفي مصابيح العلامة الطباطبائي الاجماع على أن الحر لايرث العبد ، و في الصحيح المروى (٢) بطرق متعددة عن ابى جعفر وابى عبدالله عليهما السلام «أنه لايتوارث الحر والعبد» كما أن منه يظهر ما في القواعد ايضاً قال : «ولوكان الميت مملوكا مأذونا فالخيار لمولاه ولو شرط المتعاقدان الخيار لعبد احدهما ملك المولى الخيار ، و لوكان لاجنبي لم يملك مولاه ، ولايتوقف على رضاه اذا لم يمنع حق المولى ، ولومات لم ينتقل الى مولاه » فتامل والله اعلم .

المسألة ﴿ الرابعة ﴾ المشهور نقلا و تحصيلا بل في التذكرة الاجماع على أن ﴿المبيع يملك﴾ه المشترى في زمن الخيار ﴿بالعقد﴾ كالمحكي عن ابن ادريس نسبته الى الأصحاب مشعرا بدعوى الاجماع عليه ، ويؤيده تعريف الفقهاء البيع بنقل الملك ؛ أو انتقاله ، أو الايجاب و القبول الناقلين للملك ، واتفاقهم على كونه من الاسباب المملكة ، وثبوت الخيار الظاهر في التملك وجواز التصرف بالمستلزم له .

﴿وقيل﴾ والقائل ابن الجنيد في المحكي عن ظاهره وابن سعيد في جامعه ﴿ به و بانقضاء ﴾ مدة ﴿الخيار﴾ مع عدم الفسخ ، وجعل الشيخ الافتراق في كتابي الأخبار شرطاً في إستباحة الملك . بل صرح في الاستبصار منهما باشتراطه في صحة العقد ، وكلامه في النهاية لايأبى التنزيل على المشهور كالمقنعة ، بل عن الشهيد احتماله ايضا في كلامه في الخلاف ، الا

(١) سورة النحل الاية ٧٥

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب موانع الارث الحديث ١ و٥

أنه بعيد ، قال فيه : «العقد يثبت بنفس الايجاب و القبول ، فان كان مطلقاً فانه يلزم بالافتراق بالأبدان ، وإن كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط - فان كان الشرط لهما او البايع فاذا انقضى الخيار ملك المشترى بالعقد المتقدم ، وإن كان الخيار للمشترى وحده زال ملك البايع بنفس العقد . لكنه لم ينتقل الى المشترى حتى ينقضى الخيار ، فاذا انقضى ملك المشترى بالعقد الاول » و ذكر اللزوم أولا ، و معروفية بقاء الملك بلامالك ، لابى حنيفة ، ومالك ، لايقتضى بارادة اللزوم من الملك المستلزمة لبطلان التفصيل حينئذ .

نعم كلامه فى بيع المبسوط لايأبى التنزيل عليه ، بل ماذكره فى كتاب الفلس منه ظاهر في ذلك إن لم يكن صريحاً . وسلار وإن كان قدجعل تفرق المتبايعين شرطاً ، لكنه قال : «ولو تقابضا ولم يفترقا بالأبدان كان البيع موقوفا ،كما أن أبا الصلاح نص في المحكي عنه على أنه شرط في الصحة» ثم قال : «واعتبرنا الإفتراق بالأبدان لتوقف مضيه عليه »

وكيف كان فالذى تحصل من كلام الاصحاب اقوال ثلاثة ، المشهور ، والتوقف على انقضاء الخيار ، والتفصيل بين خيار المشترى وحده ؛ وغيره فيخرج عن ملك البايع فى الاول دون غيره ، ﴿و﴾ لاريب في أن ﴿الأول اظهر﴾ وأصح لصدق التجارة عن تراض قبله ،وعدم معقولية غير ترتب الاثر من التحليل للبيع الصادق عليه قبل انقضاء الخيار قطعاً ولأن المقصود للمتعاقدين والذي وقع التراضى عليه بينهما انتقال كل من الثمن والمثمن حال العقد ، فهذه المعاملة إما صحيحة كذلك عند الشارع و يثبت المطلوب ، أو باطلة من أصلها ، لأنها صحيحة على غير ما قصداه وتراضيا عليه ، وإثبات الخيار منهما أومن الشارع إن لم يؤكد ذلك لاينافيه ، فالمقتضى للملك حينئذ موجود والمانع منه مفقود .

وموثق إسحق بن عمار (١) وخبر معاوية بن ميسرة (٢) المتقدمين في خيار تأخير الثمن ، المصرحين بكون المبيع ملكاللمشترى و الثمن ملكا للبايع في السنة التي اشترط فيها الردّبردّ الثمن ، بناء على أن ذلك مدةالخيار وقد عرفت الحال فيه سابقا ويمكن تنزيلهما على ارادة اشتراط سلطنة الفسخ بالطريق المخصوص الذي هورد الثمن ، فيكون حينئذ ذلك كله مدةخيارو لايحتاج إلى فسخ زائدعلى الرد كماهوظاهر هما ، الاأنه ينافيه مـاذكرناه سابقا . فلاحظوتأمل .

وموثق غياث بن ابراهيم (٣) عن جعفرعن ابيه عن علي عليهم السلام «اذاصفق الرجل على البيع فقد وجب و إن لم يفترقا » و موافقة ذيله للتقية غير مـانع من الاستدلال باطلاقه ، وخبر عقبة بن خالد(٤) المتقدم في خيار تأخير الثمن وصحيح بشار بن يسار (٥) «سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع ، ويشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه ؟ قال : نعم لابأس به ، قلت ؛ أشترى متاعي ؟ فقال : ليس هومتاعك و لابقرك ولاغنمك »

وحسنة الحسين بن منذر (٦) قال للصادق عليه السلام : «يجيئني الرجل فيطلب العينة، فأشتري له المتاع من أجله، ثم أبيعه إياه ، ثم أشتريه مكاني ؟ فقال :اذاكان له الخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع ،وكنت أنت ايضاً بالخيار، إن شئت إشتريت وان شئت لم تشتر فلابأس» وصحيح محمد بن مسلم (٧) «سئل أباجعفر عليه السلام عن رجل أتاه رجل فقال : ابتع لي متاعاً لعلي أشتريه منك بنقد أو نسية ، فابتاعه الرجل من أجله قال :ليس به بأس إنما تشتريه

(١)(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١ و٣
(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب الخيار الحديث ٧
(٤) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الخيار الحديث ١
(٥) الوسائل الباب ٥ من أبواب احكام العقود الحديث ٣
(٦) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العقود الحديث ٤
(٧) الوسائل الباب ٨ من أبواب احكام العقود الحديث ٨

منه بعدما يملكه » و صحيح منصور بن حازم (١) عن الصادق عليه السلام « في رجل أمر رجلا أن يشترى له متاعاً ، فيشتريه منه ؟ قال : لابأس بذلك ، انما البيع بعد ما يشتريه » والنصوص (٢) المتضمنة لكون مال العبد للمشترى مطلقا ، أومع الشرط و علم البايع من دون تقييد بانقضاء الخيار ، والنبوي (٣) «الخراج بالضمان» الذى معناه أن الربح في مقابلة الخسران ، فان الخراج إسم للفائدة الحاصلة في المبيع ، والمراد أنها للمشترى ، كما ان الضرر الحاصل بالتلف عليه ، فهو دال على المطلوب ، وإن كان مورد الحديث خيار العيب ، والحكم ثابت فيه بلاخلاف كما قيل ؛ بل لا يبعد أن يكون الخلاف في خصوص خيار الحيوان ، والمجلس والشرط الذى لم يسبق بلزوم العقد ، وأمّا هو فقد عرفت الحال فيه سابقا .

كل ذلك مع عدم دليل معتبر للمخالف ، خصوصا التفصيل ، عدا دعوى قصور العقد فلا يفيد الملك وهو كما ترى . نعم قد يستدل له بصحيح ابن سنان (٤) «سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشترى الدابة أو العبد يشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة ، أو يحدث فيه حدث ، على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البايع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشترى ، شرط له البايع أو لم يشترط ، قال : وإن كان بينهما شرط أيام معدودة فهلك في يد المشترى فهو من مال البايع »

و خبر عبدالرحمن بن ابى عبدالله (٥) قال : « سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين ، فماتت عنده وقد قطع الثمن على من يكون

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب احكام العقود الحديث٦

(٢) الوسائل الباب ٧ من ابواب بيع الحيوان

(٣) المستدرك ج ٢ ص ٤٧٣

(٤) و(٥) الوسائل الباب ٥ من أبواب الخيار الحديث٢و١

الضمان ؟ فقال :ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه » ومرسلة ابن رباط (١) عن الصادق عليه السلام « إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة ايام فهو من مال البايع » الأ أنها لاتصلح لمعارضة الروايات المتقدمة ، لرجحانها بالكثرة و المطابقة للاصول ، والاجماع المنقول ، وظاهر الكتاب ، والشهرة بين الاصحاب ومخالفة اكثر الجمهور، فتعين التأويل في هذه ، بحمل الصيرورة فيها على اللزوم جمعاً بين الاخبار .

وأمّا ضمان البايع ﴿و﴾ هو وإن كان على خلاف الأصل الأ أنه قد ثبت ،الدليل في صورة اختصاص المشتري بالخيار كضمان البايع المبيع قبل القبض ، وقد ظهر لك من ذلك كله أنه ﴿لو تجدد له﴾ اى المبيع ﴿نماء﴾ بين العقد وانقضاء الخيار ﴿كان للمشتري﴾ لأنه نماء ملكه ﴿و﴾ حينئذ ﴿لو فسخ﴾ المشترى ﴿العقد﴾ مثلا ﴿رجع على البايع بالثمن ولم يرجع البايع﴾ عليه ﴿بالنماء﴾ الـذى هو له على المختار .

نعم هو للبايع على القول الاخر إن فسخ ، بل وان لم يفسخ ، بناء على الملك من حين الانقضاء كما هو ظاهر القول المحكي في المتن وغيره . أما على احتمال ارادة الكشف في كلام الشيخ فهو للمشتري ايضاً ، واحتمله الشهيد في كلام الشيخ في الخلاف ،ولعله أخذه من قوله بالعقد الاول ، ويمكن ارادة حصوله به بحمل السببية على النّاقصة ، و حينئذ يشكل تبعية النماء فيما اذا كان الخيار للمشترى خاصة على كلام الشيخ ،لعدم ملكية الاصل عنده لاحد المتعاقدين ؛ ولعله يلتزم دخوله في ملك المشترى إن لم يفسخ ، والبايع إن فسخ كالأصل .

وعلى كل حال فهذا من فائدة الخلاف في المسألة كالأخذ بالشفعة ، وابتياع الزوجة، وبيع من ينعتق على المشتري وجريان المبيع في حول الزكاة إن كان زكوياً ، وغير ذلك ، والثمن في ذلك كله كالمبيع، إجماعاً محكياً إن لم يكن محصلا ، لاستحالة انتقال

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب الخيار الحديث ٥

أحد العوضين دون الاخر، بخروجه عن حقيقة المعاوضة واستلزامه الجمع بين العوض والمعوض . والله اعلم

المسألة ﴿الخامسة إذا تلف المبيع﴾ الشخصي ﴿قبل قبضه﴾ بآفة سماوية في غير الثلاثة في تاخير الثمن ﴿فهو من مال بايعه﴾ إجماعاً بقسميه . إذا لم يكن بامتناع من المشتري أو برضاً منه بالبقاء في يد البايع ، بعد تمكينه منه وعرضه عليه ، للنبوي(١) المنجبر بعمل الاصحاب كافة «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» المعتضد مع ذلك بخبر عقبة بن خالد (٢) المتقدم في خيار تاخير الثمن.

أمّا التلف في الثلاثة فقد عرفت البحث فيه سابقا ، وأن الأقوى فيه ذلك ، كما أن الظاهر كونه من مال المشتري إذا كان عدم القبض لامتناع منه ، بلا خلاف أجده فيه ، للأصل السالم عن معارضة القاعدة المزبورة بعد انصرافها إلى غيره ، بل قد يقال : بذلك ايضاً فيما اذا كان التأخير بالتماس منه بعد العرض عليه والتمكين منه، وفاقاً لجماعة ، إمّا لأن مثله يسمى قبضاً ، أو لأن المراد من النبوي غيره ، بل في الغنية والمحكي عن ظاهر الخلاف الاجماع عليه ، لكن دعوى صدق اسم القبض بذلك فيما لا يكفي فيه التخلية ممنوعة ، كمنع قيام ذلك مقام القبض الرافع للضمان الذى هو مقتضى الاستصحاب مطلقا أو في بعض الاحوال ، وخبر عقبة الظاهر في أن المشترى هو الذى تركه في يد البايع، فالقول بالضمان لا يخلو من قوة إن لم يكن اجماعاً، ولم نقل بأن مثله قبض .

نعم يمكن دعوى إنسياق التلف بالآفة السماوية ، فلو أتلفه أجنبي لم يضمنه البايع ، واستحق المشتري عليه المثل أو القيمة ، و قيل : بالتخيير بين ذلك والفسخ والرجوع بالثمن ، بل هو المشهور بينهم ، بل لا خلاف أجده بينهم ، لكن لا دليل عليه ،

---

(١) المستدرك ج ٢ ص٤٧٣

(٢) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الخيار الحديث ١

بل لعل مقتضى الدليل خلافه ، بل لعله كذلك إن أتلفه البايع ايضاً ، لأصالة اللزوم ، لكن قد يظهر من خبر عقبة بن خالد أنه من ضمان البايع مطلقا حتى يقبضه المشتري الا أنه محتاج الى الجابر في تخصيص القاعدة ، لتعبير اكثر الأصحاب أو جميعهم بمضمون النبوي الظاهر فيما عرفت ، ويمكن حمل السرقة في خبر عقبة على الآفة السماوية ؛ باعتبار عدم تعين من يرجع اليه بالمثل أو القيمة ، ولو أتلفه المشترى فالظاهر أنه بمنزلة القبض ، و نظر فيه في الرياض ، و لعله لظهور خبر عقبة فيما عرفت ، فينفسخ العقد ويرجع البايع عليه بالمثل أو القيمة ، وستسمع لهذا البحث تتمة انشاءالله تعالى في باب القبض وفي باب بيع الثمار ، بل قد يقال ، إن الانصاف شمول النبوي لجميع صور التلف . بآفة أو بغيرها ، الا أن يكون اجماع على البعض ، أو شهرة عليه بحيث يضعف الظن بارادته منه .

وكيف كان فالنماء بعد العقد قبل التلف للمشتري كما في المسالك وغيرها ، بل قيل انه يظهر منه دعوى الوفاق عليه ؛ لأنه نماء ملكه فالقاعدة و استصحاب الحالة السابقة يقضيان بأن الفسخ من حينه فاحتمال كون الفسخ من الاصل - كما عن التذكرة حكايته - ضعيف .

لكن في الرياض « أنه ينافي الفسخ من حينه ظاهر النص و فتوى الجماعة، فيحتاج الى تقدير دخوله في ملك البايع آناً ما ويكون التلف كاشفا ، مثل دخول الدية في ملك الميت ، والعبد المأمور بعتقه في ملك المعتق عنه» قلت : قد لا يحتاج الى هذا التقدير ، ويكون المراد من النص والفتوى أن حكم هذا التالف حكم ما لو كان مالا للبايع ، اى لا يستحق بالعقد ثمنا على المشترى ؛ بمعنى أنه يبطل أثر العقد بالنسبة الى ذلك وإن كان قد تلف وهو على ملك المشتري ، وأقصاه تحكيم النبوى المنجبر بعمل الاصحاب على غيره مما يقتضى خلافه ، وكان مقصود المقدر مراعات رجحان الجمع على الطرح . والامر سهل .

ثم إن مقتضى الاصل بعد اختصاص النص و الفتوى بالمبيع ،كون تلف الثمن من البايع ، لكن عن ظاهر بعض الاصحاب إلحاقه بالاول مشعرا بدعوى الوفاق عليه وعلى ارادته من المبيع وإرادة المشتري من البايع ، التفاتا الى صدقهما عليهما لغة ، وفي الرياض «إن تم والا فالمسألة محل إشكال لكن ظاهر الخبر الثاني اى خبر عقبة العموم فلا باس به» قلت : لا إجماع قطعا ، وارادته من النبوي كما ترى، وخبر عقبة إنما يدل بعد القبض ، ويمكن حمله على كون الثمن كليا كما هو الغالب ، والضمان فيه أعم من الانفساخ الحاصل بتلف المبيع ، على أنه لا جابر له بالنسبة الى ذلك فتامل جيدا .

وتلف بعض المبيع من مال بايعه كتلف الجميع ، والظاهر ثبوت الخيار في الباقي لتبعض الصفقة ، ولو كان المبيع كليا وتصور تشخصه بغير القبض ، لحقه الحكم مع صدق اسم المبيع عليه ، ولو كان كليا من جهة، شخصيا من أخرى، كصاع من صبرة وقد تلفت اجمع فهو كالشخصي والله اعلم .

﴿وإن﴾ كان قد ﴿ تلف ﴾ المبيع ﴿بعد قبضه﴾ بآفة أو بغيرها ﴿ وبعد انقضاء ﴾مدة ﴿الخيار فهو من مال المشترى ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، ويرجع على من له الرجوع عليه بالمثل أو القيمة ﴿وإن كان ﴾ تلفه بعد القبض بآفة ﴿ في زمن الخيار من غير تفريط ﴾ من المشترى ﴿وكان الخيار للبايع ﴾ خاصة ﴿ فالتلف من﴾ مال ﴿المشتري﴾ ايضاً لأنه ملكه على المختار ، و للنصوص السابقة (١) في بحث خيار رد الثمن بناء على أنها من مدة الخيار .

﴿وإن كان الخيار للمشترى﴾ خاصة ﴿فالتلف من﴾ مال﴿البايع﴾ إجماعا بقسميه ، للنصوص المتقدمة (٢) في دليل القائل بعدم الملك حتى ينقضي الخيار، و الصحيح منها صريح (٣) في خيار الشرط والحيوان ، ولعلهما المرادان من المتن و

---

(١)و(٢)الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار

(٣)الوسائل الباب ٨ و ٥ من ابواب الخيار الحديث ١-٣

غيره ، بقرينة ذكر المدة والزمن ونحوهما ، لعدم ضبط مدة معلومة لغيرهما من الخيارات كما أشار اليه العلامة الطباطبائى فى مصابيحه فى خيار تاخير الثمن ؛ حتى خيار المجلس ، على أن الخيار فيه لهمامعا ، وستعرف أن الحكم على القواعد مع اشتراك الخيار ، فلاريب فى عدم ارادة غيرهما من المتن ونحوه ، سيماعلى القول بالفورية فى كثير منها ، فيقتصر فيماخالف الضوابط كالصورة الاخيرتعليهما خاصة، فيحكم حينئذ بانفساخ العقد فيها ورجوع الثمن الى المشترى ، كالتلف قبل القبض .

نعم لافرق فيها بين كون الخيار للمشترى خاصة ، أوله مع الاجنبى من طرفه كما صرّح بهغير واحد ، بل كانه إجماع عملا بالاطلاق، بل قديظهر من تعليق الارشاد أن الخيار للأجنبي من طرف المشترى كخياره ، و مقتضاه أن التلف من البايع إيضاً لوكان للأجنبى من طرفه خاصة ، وفيه أنه بعد البنأ على أنه تحكيم لاتوكيل لايشمله الصحيح المزبور ، فيشكل الحكم المذكور المخالف للقواعدمن وجوه فيه، بل إن لم ينعقد إجماع على إلحاق خيارالأجنبى معه بخياره خاصة - كان المتجه حينئذ الاقتصار على المتيقن من الصحيح وهو ما اذاكان الخيار للمشترى خاصة ، سيمامع عدم سوق اطلاقه ، لتناول مثل الفرض الذى ليس له فى النصوص أثر بالخصوص، وإنماسوغه الاصحاب لعموم دليل جواز الشرط وإلا لشمل الاطلاق المزبور ما اذاكان الخيار للبايع معه ايضاً، مع أنه لاخلاف بينهم على ماقيل : فى كون تلف المبيع فيه من المشتري و أن الثمن من البايع كما هو مقتضى القواعد ، بناء على الملك بالعقد ، بل لم يذكر احد منهم كون التلف فيه من البايع فيه احتمالا ، مع أنه اولى بتناول الاطلاق المزبور، فالوجه الاقتصار فيما خالف الاصل على المتيقن من النص و الفتوى .

نعم لابأس بضم الاجنبى فى الصورة الاولى التى كون تلف المبيع فيها من المشتري على القواعد كما هوواضح . وعلى كل حال فقدظهر لك أن المراد فى المتن وغيره بل

والنص بكون التلف من البايع في الصورة الاخيرة، إنفساخ العقد ورجوع الثمن الى المشتري نحو التلف قبل القبض، ويقابله مافيها من كون التلف من المشتري في الصورة الاولى أي لاينفسخ العقد بذلك، بل يكون التالف من مال المشتري

نعم لاينافي ذلك بقاء الخيار للبايع فيهاكما صرّح به جماعة منهم الفاضل و الكركي بل لاخلاف أجده فيه، للأصل وعدم ثبوت اشتراط بقاء الخيار ببقاء العين، بل الثابت خلافه، فله الفسخ حينئذ والمطالبة بالمثل أو القيمة، لأن يد المشتري يدضمان بالثمن لامجانا، وكون التلف بالآفة لاينافي الاستحقاق بالفسخ الجديد المقتضي رجوع كل عوض بعينه أوبدله الى صاحبه، بل لو تلف الثمن بالآفة في يد البايع لم يسقط خياره، فله الفسخ ايضاً مع ردالمثل اوالقيمة والمطالبة بالمبيع أوبدله كماهوواضح؛ وإن تقدم في الغبن ماعساه يتوهم منه المنافات لذلك؛ الأأن العمدة الاجماع هناك ظاهرا.

وقول الاصحاب - إن تلف المبيع في زمان الخيار ممن لاخيار له، بعد تنزيله على خيار الشرط والحيوان - لاينافي شيأ مماذكرناه، والدليل عليه واضح، انه مع فرض أن الخيار للمشتري خاصة كان تلفه من البايع، للنصوص السابقة (١) الدّالة بصريحها على ذلك والمراد به كماصرّح به في جامع المقاصد إنفساخ العقد به كالتلف قبل القبض، لاتحادهما في لفظ الدليل المفهوم منه ذلك بعد القول بالملك بالعقد، فماعساه يظهر ممااستسمعه من الدروس - من الفرق بينهما في ذلك، فيبطل في التلف قبل القبض، دون محل البحث - واضح الضعف، ومع فرض ان الخيار للبايع خاصة كان التلف من المشتري، اي لاينفسخ العقد كماهو مقتضى القواعد، لانه ملكه وقد تلف في يده الأأنه يبقى مع ذلك خيار البايع على حسب ماذكرناه.

و من ذلك يظهر لك خطاء بعض الاعلام الناشي من الوهم في المراد من قاعدة

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب الخيار

«التلف في زمن الخيار ممن لاخيار له» وأنها أعم من الثمن والمثمن ، وخيار الشرط والحيوان وغير هما ، قال : « ولو تلف المبيع أو الثمن بالآفة الالهية بعد قبضه . و قبل انقضاء خيار المشتري أو البايع ؛ فالتالف ممن لا خيار له بلا خلاف أجده ، لما مر في كل من خياري الشرط والحيوان من المعتبرة المستفيضة (١) وأخصيتها من المدعى مندفعة بعدم القائل بالفرق بين الطائفة ، مع أن هذا الحكم غير محتاج الى دلالة من كتاب أو اجماع أو سنة على حدة في بعض صور المسألة ، وهو على المشهور ما اذا تلف المبيع بعد القبض والخيار للبايع وبالعكس ، لكون المتلف مال من لا خيار له ، المنتقل اليه بمجرد العقد ، فيكون الحكم في الصورتين موافقا للقاعدة ، مع تأيد أولهما بأخبار خيار الشرط .(٢) و إنما المحتاج الى الدلالة ما إذا تلف المبيع بعده والخيار للمشترى وبالعكس لمخالفة الحكم فيهما للقاعدة المتقدمة جدا . ولا إشكال فيه أصلا بعد قيام النص والفتوى باثباته فيهما ، فيكون كل منهما بهما عن القاعدة مستثنى».

وهو من غرائب الكلام ضرورة كون النص والفتوى في خصوص المبيع دون الثمن ، بل ظاهر خبر معاوية بن ميسرة (٣) مـن أخبار اشتراط الخيار برد الثمن ، أن تلف الثمن من البايع وأنه ملكه وإن كان الخيار له . فمن العجيب دعوى أن النص والفتوى على كون الثمن من المشتري إذا كان الخيار للبايع خاصة ؛ ومقتضاه الانفساخ كتلف المبيع إذا كان الخيار للمشترى خاصّة الذى قد عرفت أنه مدلول النص والفتاوى . وأغرب من ذلك كله إن أراد تعميم هذا الحكم لسائر الخيارات في الثمن والمثمن ، هذا كله على المختار من الملك بالعقد .

أما على القول الآخر فالصورة المخالفة عندنا للضوابط التي دلت عليها النصوص في الحيوان والشرط ، موافقة للضوابط ، لعدم انتقال المبيع حينئذ الى المشترى ، فتلفه

---

(١) الوسائل ـ الباب ٥ و ٨ من ابواب الخيار

(٢) و (٣) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ٣

حينئذ من البايع وإن كان الخيار للمشترى، بل هو كذلك وإن كان الخيار للبايع، ولم يعلم منهم أنه على هذا التقدير من المشترى، كي يحتاج إلى دليل خاص من إجماع أو غيره، كما أنه لم يعلم منهم كون تلف الثمن من البايع اذا كان الخيار للمشترى خاصة ليحتاجوا فيه إلى الدليل الخاص، إذ لعله عندهم من المشتري كما هو مقتضى قاعدتهم .

ومن العجيب ماوقع في الرياض هنا من الخبط والخلط، الناشي من توهم عموم قاعدة المزبورة، مع انا لم نجدها في شيء من كتب المتقدمين ولا الأساطين من المتأخرين، بل هم بين مصرّح في خصوص خيار الحيوان والشرط للمشترى أن تلف المبيع من البايع، كما هو مضمون النصوص، وبين من زاد على ذلك بأنه من المشترى إذا كان الخيار للبايع، كما هو مقتضى القواعد بناء على الملك بالعقد فلاحظ وتأمل لتعرف حقيقة الحال:

وقد ظهر مما ذكرنا أنه لا يسقط الخيار مطلقا بعد القبض في التلف بالآفة في غير الصورة المنصوصة بل يفسخ ويرجع العين أو البدل كما أنه يرجع بذلك

أما الاتلاف فان كان ممن له الخيار لما هو ملكه ، فهو مسقط لخياره خاصة دون خيار الآخر ، و إن كان لغير ملكه المنتقل اليه ، فهو فسخ للعقد و يسقط خيار الاخر حينئذ بالانفساخ ، وإن كان ممن ليس له الخيار ، فلا يسقط خيار من له الخيار مطلقا ، بل له الفسخ و الرجوع بالمثل أو القيمة ، و هل يتعين حقه في ذمة المتلف دون من كانت في يده العين ، أو له الرجوع عليه ، أو يتعين وهو يرجع على المتلف وجوه ، أصحها الأول لأن فسخ العقد يقتضي عود ملك العين أو بدلها ، فهي كما لو كانت العين في يد شخص آخر غير من انتقلت اليه ، فان الظاهر عدم تكليفه بتحصيلها منه مع الفسخ ، مع احتماله فتأمل جيدا .

ولا فرق في ذلك بين سائر أقسام الخيار ، لكن في القواعد في باب المرابحة «أن في سقوط خيار المشتري فيما لو اكذبه بالإخبار برأس المال مع التلف نظر» و

في جامع المقاصد «وفي بقاء خيار الغبن بعد التلف تردّد، سواء كان التلف من البايع، أم من اجنبي، أم بآفة، الا أن يكون بالآفة قبل القبض، فانه من ضمان البايع، و على اطلاق كثير منهم ينبغي أن يكون بعد القبض كذلك، لاختصاص الخيار بالمشتري، فينفسخ العقد في الموضعين، الا أن التردد فيما سبق له في المرابحة، ينا في الحكم بانفساخ العقد لانه من المشترى ايضا».

قلت: لاريب في ضعف التردد المزبور المبني على احتمال تعلق حق الخيار بالعين خاصة وهو واضح الضعف، بل يمكن القطع بعدمه، بملاحظة كلام معظم الاصحاب، كما أنه لاريب في عدم ارادة خيار الغبن و نحوه من اطلاق الاكثر كون التلف في يد المشتري اذا كان الخيار له من البايع، لما عرفت من أنه لا دليل عليه وانّما خاص بالشرط والحيوان، فتامل جيدا؛ فانه قد وقع خبط في المقام لجملة من الأعلام في عدّة من الامور، والتحقيق ما عرفت أنه لا انفساخ الا في صورتين إحديهما التلف للمبيع قبل القبض - والاخرى بعد اذا كان الخيار للمشتري في الحيوان والشرط خاصة، ولا ينفسخ في غيرهما.

نعم يبقى الخيار لصاحبه على حسب ماسمعته، و قد يظهر من الدروس الخلاف في الصورة الثانية، و أن الحكم فيها بقاء الخيار كغيرها، قال: «لو تلف المبيع قبل قبض المشترى بطل البيع والخيار، و بعده لا يبطل الخيار وإن كان التلف من البايع، كما اذا اختص المشترى بالخيار فلو فسخ البايع رجع بالبدل في صورة عدم ضمانه، ولو فسخ المشترى رجع بالثمن و غرم البدل في صورة ضمانه، ولو أوجبه المشتري في صورة التلف قبل القبض لم يؤثر في تضمين البايع المثل أو القيمة، وفي انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر» وهو غريب.

وأغرب منه احتماله أخيراً عدم الرجوع بالمثل أو القيمة لو أوجب العقد ولم يفسخه، فيكون معنى كونه من مال البايع عنده فيما لو فسخ خاصة فانه يرجع بالثمن حينئذ ويذهب المبيع من البايع، ولم أجد شيئا من ذلك لغيره، وإن كان قد يؤيده استصحاب بقاء العقد ونحوه. والتحقيق ماقلناه، والله اعلم.

﴿فرعان الاول﴾ قال الشيخ فى المحكي عن مبسوطه و خلافه و ابنازهرة و ادريس على ما حكي عن الثانى منهما : أن ﴿خيار الشرط يثبت من حين التفرق﴾ لنحو ماسمعته فى خيار الحيوان ﴿وقيل من حين العقد و هو أشبه﴾ و أشهر بل هو المشهور ، لنحو ماسمعته هناك ايضاً وتزيدهنا ، أن البحث فى المقام راجع الى قصد المشترط ومايظهر من عبارته ولاريب فى انسياق الاتصال منها كما فى غير المقام ، مما تذكر فيه أحد المتعاقدين مدة ، بل لايبعد البطلان لوكان القصد من حين التفرق ، للجهالة نحو مالو صرّح به ، بل ربما حكي عن الشيخ الاعتراف به ، كما أنه والحلي اعترفا فى المحكي عنهما بالصحة مع التصريح بالاتصال ، بل فى التذكرة صح عندنا ، خلافا لبعض العامة ، و به تسقط حججهم القاضية بالامتناع ، إذ الممتنع لاينقلب بالشرط الى الجواز .

بل قد يشكل تصور أصل نزاعهم فى المسألة ، لماعرفت من الصحة مع قصد الاتصال ، والبطلان مع قصد التفرق ، اللهم إلا أن يفرض خلوه عن القصد الخاص ، ويكون الابتداء من حين التفرق شرعيا حينئذ ، نحو ماقيل فى خيار الحيوان ، لأنه من قصد المتعاقدين وإن كان المنع عليه مع هذا الفرض واضحا ايضاً ، لعدم الدليل الصالح لاثبات ذلك ، بل ما ذكروه من الادلة ظاهر فى عدم بناء المسألة على الفرض المزبور ، كما أنه ظاهر فى اقتضاء التاخير بعد الثلاثة فى خيار الحيوان ، وهو بعيد من قصد المتعاقدين ، بل صحيح ابن سنان (١) السابق شاهد على خلافه ، بناء على ظهوره فى دخول ما شرطه من اليوم و اليومين فى الثلاثة وأظهر منه خبر عبدالرحمان (٢) بل منهما يعلم بناء على ذلك فساد ماوقع من بعض الاعلام من أنه يشكل الحكم بالاتصال مع العلم بالخيار وتساوى المدتين أوقصور مدة الشرط ، بل لعل الظاهر التاخر عملا بشاهد الحال ، أمالو زاد الشرط احتمل

(١و٢) الوسائل الباب ٥ من ابواب الخيار الحديث ١-٣

التاخر مطلقا والاتصال كذلك ، والتفصيل بمقتضى العرف فيتأخر في مثل الاربعة و الخمسة ، ويتصل في نحو الشهر والسنة ولا باس به ، و فيه منع اقتضاء العرف ذلك ثم قال : ولو اطلق الخيار فالقول في الثلاثة كالمدة المشترطة والصحيح الشاهد بصحته ، يشهد باتصاله ، قلت : كانه اراد الصحيح المتقدم سابقا (١) في البحث عما لو اشترط الخيار و اطلق ، ومنه يعلم حينئذ زيادة تأييد لما قلناه من ظهور الاتصال ولو كانت المدة المشترطة مساوية للمدة المضروبة من الشارع فتأمل جيدا والله اعلم .

﴿الثاني﴾ لااشكال ولاخلاف في أنه ﴿اذا اشترى شيئين وشرط الخيار﴾ له أولغيره ﴿في احدهما على التعيين صح﴾ فله الفسخ فيه حينئذ و ليس للبايع ذلك بالتبعض الذي قداقدم عليه ﴿و﴾ أنه ﴿إن ابهم بطل﴾ للغرر ، كالابهام فيمن له الخيار كما هو واضح والله اعلم .

﴿ويلحق بذلك خيار الرؤية﴾ اذ هو قسم من اقسام الخيار ﴿و﴾ لكن ﴿هو﴾ لايثبت الافي ﴿بيع الاعيان﴾ الشخصية ﴿من غير مشاهدة﴾ رافعة للغرر والجهالة ، فانه لاريب في صحة البيع كذلك ، نصا وفتوى بل الاجماع بقسميه عليه ، ومافي مرسل عبدالاعلى (٢) عن ابي جعفر عليه السلام «أنه كره شراء مالم يره» لابد من حمله ـ بعد ارادة الحرمة من الكراهة فيه ـ على عدم الوصف مع ذلك أو على مالا يمكن رفع جهالته به ، كبعض اللئالي أوغير ذلك ؛ ضرورة أن ما نحن فيه اولى بالصحة من السلم ﴿و﴾ إن كان ﴿يفتقر ذلك﴾ حينئذ ﴿الى ذكر الجنس ونريد به هنا﴾ النوع المصطلح كما في المسالك أي ﴿اللفظ الدال على القدر الذي تشترك فيه افراد الحقيقة﴾ النوعية ﴿كالحنطة مثلا أوالارز أوالابريسم﴾ لاالجنس ﴿ المصطلح والى ذكر الوصف ، و هو اللفظ الفارق بين أفراد ذلك الجنس كالصّرابة في الحنطه﴾ اي خلوها من الخليط

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١-٣
(٢) الوسائل الباب ١٨ من ابواب الخيار الحديث ١

﴿والحدارة ، أوالدقة﴾ مقابلة للحدارة﴾ ويجب أن يذكر كل وصف تثبت الجهالة فى ذلك المبيع عند ارتفاعه﴾وهو مختلف ولا يلزم الاستقصاء، بل قيل إنه ربما يكون مخلا في بعض الاحوال، والابطل اجماعاً بقسميه، للنواهى عن بيع الغرر(١) والجهالة المقتضية للفساد كماهو معلوم في محله.

نعم لا يبعد جوازه بعد الاناطة بالوصف، وإن لم يوثق بوجوده، لارتفاعه به على كل حال، وجبر الخلاف بالخيار، وضبط ذلك بعضهم بماصح فيه السلم. بل قيل ربما ادعى الاجماع على اشتراط جميع شروط السلم، وفيه أن الجهل فى الموجود قد يرتفع عرفا بما لا يرتفع في المعدوم؛ وربما افضى فيه الى عزة الوجود، فيبطل لذلك، بخلاف ما نحن فيه المرتفع عنه هذا المحذور بوجوده ، فالأولى الاناطة بما عرفت من أنه لابد من ذكر كل وصف تتفاوت الرغبة بثبوته، وانتفائه؛ وتتفاوت به القيمة تفاوتا ظاهر الايتسامح بمثله، ولو زاد على ذلك امكن ثبوت الخيار بفقده ايضاً وإن كان لا يتوقف صحة البيع عليه.

﴿و﴾ على كل حال ف ﴿يبطل العقد مع الاخلال بذينك أواحدهما﴾ اى الجنس والوصف مالم تكن رؤية قديمة يستغنى بها عن الذكر، وإن كان حكم الخيار ثابتا ايضاً مع البيع على تلك الرؤية، فاتفق أنه قد تغير بزيادة أونقصان أو بهما من جهتين ﴿و﴾ لاريب في أنه ﴿يصح مع ذكرهما، سواء كان البايع رآه دون المشترى، أوبالعكس، أولم يرياه جميعا، بأن وصفه لهما ثالث﴾ لكن قد يتوقف فى البطلان مع رؤية المشترى له، و جهل البايع به، للاصل بعد تنزيل ادلة الغرر على مالا تشمل ذلك، فان لم يقم اجماع عليه، فللنظر فيه مجال، وإن كان الاصح البطلان، لعموم مادل على اعتبار المعلومية فى البايع والمشترى (٢) وعلى كل حال فلااشكال فى أنه يثبت له الخيار ايضاً مع ذكر الوصف، وإناطة البيع به.

---

(١) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب التجارة الحديث ٣ الدعائم ج٢ ص١٩

(٢) الوسائل الباب ١٢ من ابواب البيع وشروطه

وكيف كان ﴿فان كان المبيع على ماذكر، فالبيع لازم﴾ كتابا وسنة واجماعاً بقسميه ﴿والا كان المشترى﴾ خاصة ﴿بالخيار بين فسخ البيع وبين التزامه﴾ اذا كان ناقصاً عن الوصف، إن اختص البايع بالرؤية دونه ﴿و﴾ بالعكس: ﴿ان كان المشترى رآه دون البايع كان الخيار للبايع﴾ دونه مع الزيادة في الوصف اذا فرض ملاحظة عدمها والافلاخيار للاصل ﴿وإن لم يكونا رأياه كان الخيار لكل واحد منهما﴾ اذا كان ناقصا من جهة زائدا من اخرى؛ كما لو وصف بهما الثوب بأن طوله عشرون ذراعاً وعرضه ذراع فظهر خمسة عشر طولا، في عرض ذراع ونصف مثلا، أو العبد بأنه كاتب خاصة فظهر خياطا خاصة، بلاخلاف في المشترى، كما في الرياض ومحكى مجمع البرهان، بل في الحدائق أنه موضع وفاق فيهما، وفي شرح شيخنا المعتبر، الاجماع بقسميه عليهما

لكن قد يناقش في ذلك أولا بأنه قد يظهر من اطلاق جماعة كالمصنف وغيره، تخير المشترى حتى مع الزيادة، بل قيل أنه كصريح يضاح النافع، وان كان هو في غاية الضعف لعدم مايصلح حينئذ لقطع مادل على اللزوم من الكتاب والسنة، الاماعساه يتوهم من اطلاق الخبر الاتى (١) الذى يقطع بعدم ارادة مثل ذلك منه، وكذا الكلام في العكس، ونحو ذلك الوصف بغير المقصود الذى لم يرد منه القيدية، فظهر الخلاف، كالبسط في الشعر، فبانت الجعودة أو الجهل فبانت المعرفة فيتخير البايع دون المشترى، مع فرض ارادة القيدية من ذلك، لامايتعارف من ارادة البرائة من الالتزام بها.

وثانيا بمافي المقنعة والنهاية من البطلان مع ظهور خلاف الوصف، لاالخيار كالمحكي عن المراسم في خصوص الاعدال المحزومة وعن الاردبيلي التامل فيه، وان كان هو ضعيفا كالاول ايضاً ضرورة ابتنائه على عدم الفرق بين وصف المعين و الوصف المعين وبين الذاتي والعرضي.

واضعف منه ماعن ابن ادريس من تخيير المشترى بين الرد والاخذ بالارش، لعدم

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣ و ٤

الدليل عليه فيما لم يعد فقده عيبا، فتعين كون التحقيق الخيار لحديث نفي الضرار (١) و للصحيح « عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها ، فلما أن نقد المال وصار الى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه، فلم يقله فقال عليه السلام :لو أنه قلب منها أو نظر الى تسعة وتسعين قطعة، ثم بقي قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية .

ومنه يعلم الوجه فيما ذكره غير ﴿و﴾ احد من الاصحاب من انه ﴿لو اشترى ضيعة رأى بعضها ووصف له سائرها﴾ اى ما فيها ﴿ثبت له الخيار فيها أجمع اذا لم يكن على الوصف﴾ إذ الظاهر ارادة المجموع من اسم الاشارة في الصحيح لا خصوص من لم يرها الذى يحصل التضرر فيه ، بتبعض الصفقة على البايع، مع احتماله وانجباره بثبوت الخيار له بذلك ، لكن عن بعضهم الاجماع على الاول ولا بأس به، بل لا ينافيه لو جعل اسم الاشارة لخصوص غير المرئى اذ أقصاه ثبوت الخيار فيه الذى هو أعم من الاقتصار على فسخه خاصة. فتأمل

وفي فورية هذا الخيار وتراخيه وجهان ، بل قولان أشهرهما الأول ، بل ربما أسند الى ظاهر الاصحاب ، للاصل، ولزوم الضرر لولاه ، والاستصحاب لا يحكم على العموم الزماني ، المستفاد من لزوم العقد ، إلا أنك قد عرفت المناقشة في جميع ذلك ، مما مر من نظير المسألة ، على أن اطلاق النص في المقام كاف . اللهم الا أن ينكر ظهوره في ارادة الاطلاق المفيد في المقام ، والضرر مندفع بأنه يلزم بالاختيار حينئذ معه ، على الفورية لو اخر لعذر ، من حصول مانع أو نسيان للعقد أو للصفقة السابقة ، أو عدم ظهور اللاحقة ، أو زعم صدور الفسخ منه ، أو جهل بحكم الخيار ؛ ففي شرح الاستاد بقي خياره قال : «وجهل حكم الفورية ليس بعذر» وفيه ـ بعد الاغضاء عن وجه الفرق بين حكم الخيار و الفورية ـ أنه قد يشكل عدم السقوط في بعض ماذكره أو جميعه بناء على التوقيت في الفورية كما هو الظاهر من القائل بها هنا ، وإن قال : بغيره في نحو الأوامر ، لوضوح الفرق بين المقامين فتأمل جيدا .

---

(١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الخيار الحديث ١

ولاريب في صحة اسقاط هذا الخيار بعد تحققه كما في غيره من الحقوق ، بل و بعد العقد قبل التحقق ، خلافا للمحكي عن التذكرة وغيرها للاكتفاء في صحة الاسقاط بوجود السبب ، فانه حق ايضاً يسقط بالاسقاط ، وقد يقال : بأنه إن صادف المخالفة في الواقع أثّر، لعدم اعتبار العلم بذلك قطعاً ، والاكان العقد لازما بدونه. ودعوى أن الحق لايثبت الا بظهور المخالفة لا بوجودها في نفس الامر ـ يمكن منعها، كما سمعت نحوه في خيار الغبن، وحينئذ فلاريب في صحة اشتراط سقوطه بالعقد كخيار المجلس ، و نحوه، بل لايبعد ذلك وإن قلنا بعدم ثبوته الا بعد ظهور المخالفة ، خلافا لجماعة منهم الكركي فانه ـ بعد ان استظهر الصحة في غيره حتى الغبن والتأخير ـ قال : «فان شرط رفعه بطل الشرط والعقد ، للزوم الغرر ، لأن الوصف قام مقام الرؤية ، فاذا شرط عدم الإعتداد به ،كان غير مرئي و لاموصوف » واليه يرجع ما في الدروس من التعليل بالغرر ، لكن قال : « وكذا خيار الغبن ثم احتمل الفرق بينهما » قلت : يمكن منع عدم صدق التوصيف معه ؛ و ليس لثبوت الخيار مدخل في رفع الغرر ، و إنما الذى رفعه نفس الوصف ، ضرورة عدم كون المدار على مطابقة الواقع ، اذقد تخطي المشاهدة بل المدار على صدق الاقدام على معلوم غير مجهول .

نعم قد يقال: بعدم صحة اشتراط الاسقاط فيما لو اشترى مثلا مع عدم الاطمينان بالوصف ، فا ن ثبوت الخيار فيه له دخل في رفع الغرر الذى هو الخطر، مع ان الاقوى الصحة فيه ايضاً، لصدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول، ولو أن الغرر ثابت في البيع نفسه لم يجد في الصحة ثبوت الخيار ، و الاصح مافيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار ، و هو معلوم العدم ، وإقدامه على الرضا بالبيع المشترط فيه السقوط مع عدم الاطمينان بالوصف إدخال للغرر عليه من قبله ، ولا يسقط الخيار بالابدال قطعا ولا ببذل التفاوت ولو شرط الاول في العقد إن ظهر الخلاف فسد كما في الدروس للجهالة و الغرر ، و الظاهر أن شرط الثاني كذلك ، وسقوطه بالتصرف قبل العلم به نحو ما سمعته في الغبن وبعده يسقط إن دل على الرضا ، و الافلا ، حتى في الناقل و المتلف منه ، الاعلى

احتمال ذكرناه فى خيار الغبن .

ولو اشتري ماعلى صفة نسّاج على أن ينسج الباقى مثله بطل فى الأشهر ، ويمكن الصّحة وفاقا للمختلف ، للاصل وعدم ثبوت بطلان البيع المتحد المتعلّق بشخصي و كلي في الذمة ، بعدفرض ضبطه بالوصف ، ودعوى عدم الضبط بذلك ممنوعة ، على أن الفرض حصول الضبط ، وثبوت خيار الرؤية فى غير المنسوج دون ماشاهده بعد التسليم غير مانع ؛ على أن الظاهر منع الخيار من هذه الجهة وإن قلنا بثبوته بناء على الصّحة من حيث فوات الشرط ، والظاهر أن ذا ليس من الكلى الذى يجب فيه الابدال .

نعم يمكن القول ببطلان البيع فيه ، وثبوت الشركة فى القيمة بالنسبة ، كما أنه يمكن القول بالخيار المتبعّض ، أولاً أن ذلك من الشرط أو الوصف فى المرئي ايضاً .

وكيف كان فلا يقصر ذلك عن بيع مافى البيت الذى قدرأى أنموذجا منه مع إدخال الأنموذج معه فى البيع ، بل قد يقال بالصحة فيه وإن لم يدخله معه ، لأنه لا يقصر عن الوصف فى رفع الجهالة ، خلافا لاول الشهيدين وثانى المحققين ، واستشكل فيه الفاضل فى القواعد ، والظاهر ثبوت خيار الرؤية فى غير البيع مما يعتبر فيه المشاهدة أو الوصف كالاجارة ونحوها ، لأن العمدة فيه حديث الضرار ، بل يمكن القول بثبوته فيما لا يعتبر فيه ذلك كالصلح تنزيلا للخيار فى خلاف الوصف فى المعين منزلة الابدال فى الوصف المعين فتأمل جيدا والله أعلم

﴿ الفصل الرابع في احكام العقود ﴾

﴿والنظر فى أمور ستة الاول فى النقد﴾ اي الحال باعتبار كونه منقوداً و لو بالقوة ﴿و﴾ يقابله ﴿النسيئة﴾ التي هي اسم مصدر بمعني التاخير، يقال: أنسأت الشيء انساء،

وينقسم البيع باعتبار وجودهما في كل من الثمن. و المثمن، والتفريق، الى أربعة أقسام، فالاول النقد؛ والثاني الكالي بالكالي، اسم فاعل أو مفعول من المراقبة، لمراقبة كل من الغريمين صاحبه لاجل دينه، ومع حلول المثمن وتأجيل الثمن، النسيئة ، و بالعكس ، السلف، وكلها صحيحة، عدا الثاني، فقد ورد النهي عنه بلفظ «بيع الدين بالدين»(١) وانعقد الاجماع بقسميه علي فساده كما ستعرفه ان شاء الله تعالي في محله.

وكيف كان ف ﴿من ابتاع شيئاً مطلقا﴾ من دون تقييد بالتأجيل للثمن وخلافه ﴿أو اشترط﴾ عليه ﴿التعجيل﴾ منه ﴿كان الثمن حالاً﴾ وكذا المثمن، أما الاطلاق فللانصراف عرفا وقال الصادق عليه السلام في الموثق(٢) «في رجل اشترى جارية بثمن مسمى ثم افترقا: وجب البيع والثمن اذا لم يكونا شرطا فهو نقد» ومنه يعلم حينئذ ماذكره بعضهم وغيره من أن اشتراط التعجيل مؤكد، بل في الروضة أنه المشهور، وفي الدروس «وأفاد التسلط على الفسخ اذا عين زمان النقد فاخل المشتري به مثلا» و احتمل في المسالك قويا ذلك مع الاطلاق ايضاً، وفي الروضة «لو قيل بثبوت الخيار مع الاطلاق ايضاً لو أخل به عن أول وقته كان حسنا».

قلت: قد يمنع أولا التأكيد بناء على أن الاطلاق يفيد استحقاق المطالبة في كل وقت، كما هو مقتضى الحلول في كل دين، أما وجوب الدفع فعلى المطالبة فعلا؛ و حينئذ فاشتراط التعجيل يفيد وجوب الدفع بدونها، فهو امر غير ما يقتضيه العقد، اللهم الا ان يمنع ذلك ويقال: باقتضاء العقد التقابض من دون مطالبة كما تعرفه ان شاء الله في النظر الثالث. وثانيا قد يناقش في صحة الشرط باعتبار تعدد افراد التعجيل و اختلافها، فلا يصح مع الشرط عدم التعيين للجهالة، وعلى تقدير الصحة؛ فدعوى التسلط على الخيار بالاخلال به في أول وقته يمكن منعها، لعدم صدق الاخلال بالشرط حتى تنتفي ساير الافراد، نحو التكليف بالمطلق .

---

(١) الوسائل الباب ١٥ من أبواب الدين الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب احكام العقود الحديث ٢

وثالثا لابد من تقييد الخيار بعدم امكان الاجبار كما في المسالك «وإلا اجبر على الوفاء به» وقد يحتمل الاطلاق كما ستسمع البحث في ذلك وفي اصل ثبوت الخيار في الشرط في محله نعم لو قال: إن لم تعجله في كذا فلي الخيار صح، كما في القواعد لما عرفته من اشتراطه رد الثمن، بل في التحرير في أحكام الخيار « اذا قال بعتك على أن تنقدني الثمن بعد شهر والا فلا بيع بيننا صح البيع» وفي القواعد « وفي صحة البيع نظر فان قلنا به بطل الشرط على اشكال».

وفي جامع المقاصد كما عن الايضاح «الأصح بطلان الشرط والعقد، للتعليق على المجهول، وامتناع اقتضاء صحة الشيء بطلانه، فهو شرط مناف لمقتضى صحة العقد لانه يقتضي ارتفاعه بعد وقوعه، وفرق واضح بينه وبين الخيار، لامكان انفكاك اللزوم عن الصحة ويمتنع انفكاك الصحة عن نفسها، ويمكن الصحة للعموم، ولانه يجري مجرى الخيار ، لان دفع المشتري الثمن وعدمه من افعال المشتري الاختيارية، فهو تخيير له في فعل الممضي والفاسخ» لكنه كما ترى وحينئذ لا ينبغي الاشكال في بطلان الشرط ضرورة عدم صحته مع فساد العقد، كما أنه لا إشكال في فساد العقد مع بطلان الشرط، بناء على أن بطلانه يقتضي بطلان العقد والله اعلم .

﴿و﴾ أما ﴿ان اشترط التاجيل للثمن﴾ جميعه أو بعضه ولو نجوما متعددة ﴿صح﴾ إجماعا بقسميه ونصوصا عموما وخصوصا (١) في البعض وهو المسمى بالنسيئة، من غير فرق بين طول المدة وقصرها، خلافا للاسكافي فمنع فيما حكي عنه أكثر من ثلاث سنين في السلف وغيره، وهو مع مخالفته للادلة لا شاهد له، نعم قال أحمد بن محمد لابي الحسن عليه السلام :(٢) «إني أريد الخروج إلى بعض الجبال إلى أن قال : إنا إذا بعناهم نسيئة كان أكثر للربح فقال : بعهم بتاخير سنة، فقلت: بتاخير سنتين؟ قال: نعم قلت؛ ثلاث ؟ قال: لا» وهو غير ما سمعته منه، أللهم إلا أن يريد ثلاث فصاعداً كما عساه يؤمي إليه المروي عن قرب الاسناد عن أحمد إيضاً (٣) قال لابي الحسن الرضا عليه السلام «إن هذا الجبل قد فتح

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب احكام العقود

(٢)(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب احكام العقود الحديث ١ و٣

على الناس منه باب رزق فقال: إذا أردت الخروج فاخرج، فانها سنة مضطربة، وليس للناس بدّ من معاشهم، فلا تدع الطلب، فقلت: إنهم قوم ملاء، ونحن نحتمل التاخير فنبايعهم بتاخير سنة قال: بعهم قلت: سنتين، قال: بعهم قلت: ثلاث؟ قال: لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين» بناء على إرادة المنع من بيعه ثلاثا بذلك، إلا أنهما كما ترى مع قصورهما عن المعارضة من وجوه، يمكن حملهما ـ بل لعله الظاهر ـ على إرادة الارشاد بذلك، وبذل النصيحة، لا النهي المترتب عليه الاثم أو الفساد كما هو واضح.

فلا ريب في الجواز حينئذ، بل لا يبعد جواز ذكر المدة التي يعلم المتعاقدان، عدم إدراكهما عادة، كالتاخير إلي ألف سنة مثلا، وإن نظر فيه في الدروس أولا، ثم استقرب الجواز بعده، لوجود المقتضي، وارتفاع المانع، والحلول بموت من عليه الدين غير مانع، إذ هو بعد أن كان حكما شرعيا لا يورث جهالة، بخلاف ما لو جعل الأجل إلي أن يموت، و عدم انتفاع صاحب الدين به مدفوع بقيام الوارث مقامه، بل الظاهر عدم تسلط الوارث للمشتري بذلك علي الخيار، وإن احتمله في المسالك تبعاً للتذكرة، لاصالة اللزوم مع عدم التقصير من البايع في فوات الأجل الذي له قسط من الثمن، فهو كفوات المدة المحتملة بالموت، وإن كان قد يقال: بجريان الاحتمال فيه، إلا أنه ضعيف جدا.

نعم قد يقال في محل البحث: إنه إن لم يتسلط بذلك علي الخيار، أو ينقص من الثمن بنسبة ما فات من الاجل، كان اشتراطه ممن عليه الدين لا فائدة به، بل هو كالسّفه، إذ الفرض حلوله بالموت فتأمل جيدا.

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لا بد أن يكون مدة الاجل﴾ المضروبة للثمن، أو المثمن، أو لهما ﴿معينة لا يتطرق إليها إحتمال الزيادة و النقيصة﴾ بلا خلاف أجده بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ﴿و﴾ أن المسامحات العرفية في بعض الافراد لا عبرة بها، ف ﴿لو اشترط التاجيل﴾ حينئذ ﴿ولم يعين أجلا أو عين أجلا مجهولا كقدوم الحاج﴾ ونحوه مما هو محتمل للزيادة والنقيصة ﴿كان البيع باطلا﴾ قطعا، بل ربما أدى ذلك إلي الجهالة في

الثمن،لأن الأجل له قسط منه، بل يظهر -من الدروس وغيرها- اعتبار معرفة المتعاقدين تعيين المدة، فلو أجّل بالنيروز- و المهر جان الذى هو عيد الفرس، و الفضيح عيد النصارى، والفطير عيد اليهود؛ بناء على أنه يوم معين مضبوط عندهم ولم يعلمه المتعاقدان أو أحدهما لم يصح ايضاً، للجهالة ايضاً، وقد يناقش فيه باحتمال الاكتفاء فيه بانضباطه فى نفسه كأوزان البلدان مع عدم معرفة المصداق، فله شراء وزنة مثلا بعيار بلد مخصوص، و إن لم يعرف مقدارها، الا أن للنظر فيه مجالا، وربما ظهر من التذكرة الاكتفاء به.

ولو أجل بالمشترك بين أمرين- أو أمور كالنفر من مني ، أو ربيع أو جمادى -بطل كما نص عليه غير واحد، للجهالة، لكن في اللمعة «قيل: يصح» ويحمل على الاول، و لم نظفر بقائله، وعلله في الروضة - بعد أن ساوى فى الحكم بينه ، وبين التأجيل بيوم من الاسبوع- بأنه علقه على إسم معين ،و هو يتحقق بالاول ، قال: «لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد ، ليتوجه قصد هما الى اجل مضبوط ، فلا يكفى ثبوت ذلك شرعاً مع جهلهما أو أحدهما به ، ومع القصد لاشكال فى الصحة ، وإن لم يكن الاطلاق محمولا عليه ، ويحتمل الاكتفاء فى الصحة بما يقتضيه الشرع فى ذلك ، قصداه أم لا ، نظراً إلى كون الاجل الذى عيناه مضبوطاً فى نفسه شرعا ، واطلاق اللفظ منزل على الحقيقة الشرعية »

وفيه أولا انه من الواضح عدم حمل اللفظ من غير الشارع واتباعه فى الاستعمال على الحقيقة الشرعية ، وتخصيص محل البحث بما اذا قصد المتعاملان ما يراد من الاطلاق عند الشارع- بعد فرض علمهما انه منصرف عنده الى زمان معين وعدمه - موقوف على الاكتفاء بمثل ذلك ، والظاهر عدمه ، لوضوح الجهالة فيه .

وثانيا انه لاحقيقة شرعية فى المقام ، ضرورة أن الشارع هنا لو حكم بالانصراف الى اولهما ، فليس الا لاقتضاء العرف فيه ذلك ، وحينئذ فمع الانصراف عرفا متجه ،كما اعترف به فى التذكرة نعم قال فيها : «لو قال الى الجمعة حمل على الاقرب

في الجمع وكذا في غيره من الايام ، قضية للعرف المتداول بين الناس ، بخلاف جمادى وربيع » ولعله كذلك اما المكسر من ايام الاسبوع فقد يمنع فهم العرف منه الاول ، بخلاف المتواطى من أسماء الشهور كرجب وشعبان ، فانه لاريب في فهم شهر سنة العقد منه ، فجعل المعيار العرف هو المتجه والله اعلم ﴿ولو باع بثمن حال، و بأزيد منه الى أجل﴾ بأن قال : بعتك هذا بدرهم نقدا وبدرهمين الى شهرين ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في المبسوط والحلي في السرائر ﴿يبطل﴾ وتبعهما الفخر ، وأبو العباس، والمقداد والآبي ، والفاضل ، والشهيدان في اللمعة والروضة وجماعة من متاخرى المتأخرين ، للغرر و الابهام الناشي من الترديد، القاضي بعدم وقوع الملك حال العقد على أحدهما بالخصوص، وهو مناف لمقتضى سببية العقد وإنشائيته وللنهى «عن البيعين في بيع واحد» (١) المفسر بذلك أو بما يشمله .

وذيل خبر محمد بن قيس الآتى (٢) ﴿و﴾ لكن ﴿ المروى﴾ عن علي عليه السلام ، بطريق حسن ، بابراهيم بن هاشم ، عن محمد بن قيس الثقة ، بقرينة عاصم بن حميد ، عن ابى جعفر عليه السلام - ﴿ انه يكون للبايع أقل الثمنين فى أبعد الاجلين﴾ - قال: «قال اميرالمؤمنين عليه السلام : من باع سلعته فقال : إن ثمنها كذا وكذا ، يدا بيد وثمنها كذا وكذا نظرة ، فخذ هابأي ثمن شئت ، و جعل صفقتها واحدة ، فليس له الا أقلهما و إن كانت نظرة » وزاد في الكافي « قال : و قال عليه السلام : من ساوم بثمنين أحدهما عاجل و الآخر نظرة فليسم أحدهما قبل الصفقة » و المناقشة بأن غايتها الدلالة على وقوع الايجاب بها خاصة - وبأن الذى فهما الجماعة كما ستعرف ، ترتب الحكم المذكور فيها على فساد المعاملة ، وبمنافاة الزيادة المزبورة لها ، بناء على أن الظاهر منها عدم جواز الترديد ، بل لابد من تعيين أحدهما قبل العقد و إيقاعه عليه ، لاتعيين مقدار الثمنين ، اى الثمن والاجل - مدفوعة بظهورها في ارادة

---

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام العقود الحديث ٣-٥

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام العقود الحديث ١ و ٢

تمام البيع ، لا ايجابه خاصة ، ومنع ترتب الحكم فيها على الفساد كما ستعرف ، وعدم انحصار الجمع بين الصدر و الزيادة بذلك ، على أنه لم يعلم كونها رواية واحدة.

وفي خبر السكوني(١) عن جعفر عن ابيه عن آبائه عليهم السلام «أن عليا عليه السلام قضى في رجل باع بيعاً واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئة كذا فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال : هو بأقل الثمنين وأبعد الأجلين » يقول : ليس له الاالأقل النقدين الى الأجل الذى أجله بنسيئة وظاهر جماعة من الاصحاب العمل بهما في الجملة ، ففي المقنعة « لا يجوز البيع بأجلين على التخيير ،كقولهم المتاع بدرهم نقدا ، وبدرهمين الى شهر أو سنة او بدرهم الى شهر وباثنين الى شهرين ، فان ابتاع انسان شيئا على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين في آخر الاجلين » وفي المحكي عن ناصريات المرتضى المكروه ان يبيع الشيء بثمنين ، بقليل إن كان الثمن نقدا وباكثر منه نسيئة وعن الاسكافي روى عن النبي صلى الله عليه وآله(٢) أنه قال : « لا تحل صفقتان في واحدة » و ذلك أن تقول : إن كان بالنقد فبكذا وإن كان بالنسيئة فبكذا وكذا ، ولو عقد البايع للمشترى كذلك وجعل الخيار اليه ، لم اختر للمشترى أن يقوم على ذلك، فان فعل واستهلكت السلعة لم يكن للبايع الاأقل الثمنين ، لاجازته البيع به ، وكان للمشترى الخيار في تأخير الثمن الأقل الى المدة التى ذكرها البايع بالثمن الأوفر من غير زيادة على الثمن الأقل .

و في النهاية « فان ذكر المتاع باجلين ، و نقدين مختلفين ، بأن يقول ثمن هذا المتاع كذا عاجلا ؛ وكذا أجلا ، ثم امضى البيع كان له أقل الثمنين و أبعد الاجلين» و عن القاضي من باع شيئا باجلين على التخيير مثل أن يقول بعتك هذا بدينار أوبدرهم عاجلا ؛ أو بدينارين أودرهمين الى شهر ، أو شهور ، أوسنة ، أو سنتين ،كان البيع باطلا ، فان امضى البيعان ذلك بينهما كان للبايع أقل الثمنين في آخر الاجلين .

وفي موضع من الغنية «وللجهالة بالثمن والاجل ايضاً نهي عن بيعتين في بيعة

(١و٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام العقود الحديث ١-٢-٤

نحوأن يقول بعتك كذا بدينار الى شهر ، وبدينارين الى ثلاثة اشهر ؛ فيقول المشترى قدقبلت به » وفي آخر «وقدقدمنا أن تعلق البيع باجلين وثمنين كقوله بعت الى مدة كذا بكذا ، وإلى ما زاد عليها بكذا يفسده ، فإن تراضيا بانفاذه كان للبايع أقل الثمنين فى أبعد الاجلين ، بدليل اجماع الطائفة »

وعن صاحب البشري أنه قال : « لو عملنا برواية السكونى كان قريبا » و عن الراوندي «أن على المشترى الثمن الاقل في الاجل الاول ، لأنه رضى بالأقل في الزمن الاقل ؛ فإن لم يؤد المشتري فليس له في ذمته الا الأقل سواء أداه عاجلا ، أو آجلا» وكأنه يرجع الى ماتسمعه من المختلف ، أوما في الدروس فإنه بعد ان ذكر الخلاف في الصورتين قال : «والاقرب الصحة ولزوم الاقل ، و يكون التأخير جائزا من جهة المشتري ، لازماً من طرف البايع لرضائه بالأقل ، فالزيادة رباً ، ولأجلها ورد النهى وهو غير مانع من صحة البيع».

وكأنه أخذه مما احتمله الفاضل فى المختلف جواباعما يقال : من أن وجوب الأقل الى الأبعد ليس تجارة عن تراض ، قال : « و يمكن ان يقال : أنه رضى بالأقل فليس له الاكثر في البعيد ، وإلالزم الربا ، اذتبقى الزيادة فى مقابلة تاخير الثمن لاغير ، فان صبر الى البعيد لم يجب له اكثر من الاقل » لكنه لاالزام فيه للبايع بالاجل البعيد، كماسمعته من الدروس الذى هو واضح الضعف ، إذ الاجل قدوقع فى مقابلة الزيادة الفاسدة فلايلتزم به البايع ، فلاريب في أن ماذكره في المختلف أولى منه ، بل يمكن تنزيل الخبرين المزبورين حتى الثانى منهما عليه بمعنى كان على المشتري فى آخر الأجلين أقل الثمنين ، لاأن له إلزام البايع بذلك ، ضرورة كون الثمن فيه الأقل بلاأجل على هذا التقدير ، وأن الزيادة فى مقابلة التاخير إلى المدّة قدوقعت على نحو الشرطية ، فتختص حينئذ هى مع الأجل بالنهى والفساد ، كماذهب اليه أبوحنيفة فى أصل بيع الربا ، وإن كان هو واضح الضعف ، مع عدم تشخيص الثمن أمّا معه ، فان لم يذكر شرطا فى العقد ، فلاريب فى الصحه

وإن ذكر فيه كما هو في محل البحث أمكن القول هنا باختصاص الفساد بالشرط دون العقد، لهذه النصوص و إن قلنا بفساد هما معا في غيره، و تقل مخالفتهما حينئذ للقواعد، وربما احتمل تنزيلهما على مالاريب في صحته من ذكر الزيادة بعد العقد، إلا أنه بعيد عن ظاهر الخبرين.

فماذكرناه أولى حينئذ، بل يمكن حمل عبارة المقنعة وما ضاها ها عليه، بل و عبارة النهاية، وبه يجمع بين هذين الخبرين، وبين مادل على النهي عن البيعين في بيع، كموثق عمار (۱) عن الصادق عليه السلام في حديث «أن رسول الله صلى الله عليه و آله بعث رجلا إلى أهل مكة، وأمره أن ينهاهم عن شرطين في بيع» وقال هو إيضاً في خبر سليمان بن صالح (۲) «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن سلف و بيع، وعن بيعين في بيع، وعن بيع ماليس عندك» الحديث. وفي خبر الحسين بن زيد (۳) عن الصادق عن آبائه عليهم السلام في مناهي النبي صلى الله عليه و آله قال: «ونهى عن بيعين في بيع» بناء على أن المراد منه ذلك؛ أو مـا يشمله، بحمل النهي على حرمة الشرط وقبوله، لاعلى مايقتضي فساد العقد بل قد يؤيد ذلك أنه مقتضى الجمع بين ذيل خبر محمد بن قيس (۴) الذي زاده في الكافي، وصدره

وأما طرح الخبرين - مع اعتبار سند الاول منهما لانه حسن كالصحيح، بل هو صحيح بناء على المختار من الظنون الاجتهادية، و العمل بهما معاً ممن عرفت، - فغير لايق بصناعة الفقه، خصوصا مع قلة مخالفتهما للقواعد على ما سمعت، بل لعلهما لا يخالفان شيئا، على القول بعدم فساد العقد بفساد الشرط فتأمـل. و يحتمل الجمع بالحرمة مع الصحة كما أومى اليه الحر، في وسائله، و ربما تقبله عبارة المقنعة، وما شابهها، وإن كان فيه مافيه؛ إلا أنه أولى مما في الرياض قطعا، فانه بعد أن جزم بالفساد-واقتصر على خبر السكوني وأورد عليه بوجوه، منها ضعف السند، وعدم المكافأة،

(۱)(۲)(۳) الوسائل الباب ۲ من ابواب احكام العقود الحديث ۳ و ۴ و ۵

(۴) الوسائل الباب ۲ من ابواب احكام العقود الحديث ۱

وشذوذ القائل به و هو الطوسي في نهايته، مع رجوعه عنها في مبسوطه ـ قال: «ثم على المختار هل لهذا البيع حكم البيع الفاسد، فيرجع مع تلف المبيع الى المثل أو القيمة، ام لا؟ بل يرجع البايع معه الى مافي هذه الرواية، من أقل الثمنين . إلى أبعد الاجلين ، قولان ، أشهرهما بين المتاخرين، الاول عملاً بالاصل في البيع الفاسد، وبين المتقدمين، المتقدم ذكر جمع منهم كالمفيد والمرتضى والاسكافي والقاضي وابن زهرة في الغنية، مدعياً عليه الاجماع، الثاني، ولعله لصحيح محمد بن قيس، و لابأس به لاعتضاد صحة سنده بمصير كثير من القدماء الى العمل به».

اذ هو كما ترى من غرائب الكلام، بل لم نعرف أحداً ممن تقدم عليه عنون هذا الخلاف، كما أنه ليس في شيء من الخبرين الاشارة الى تخصيص الحكم بتلف السلعة مع أن مخالفتهما للقواعد أشد حينئذ مما فرّ منه ، ومن العجيب نقله عن الجماعة ماعرفت، مع أنه ليس في كلام احد منهم، عدا الاسكافي الايماء الي تخصيص الحكم بالتلف، بل لعل ظاهر قول الاسكافي، لم اختر الصحة على التقديرين، وأنه يكره للمشتري القيام على هذا البيع نحو ما سمعته عن المرتضي، بناء على ارادة المعنى المصطلح من الكراهة في كلامه.

وكيف كان فمن ذلك كله ظهر لك ضعف مااستدل به للبطلان، بناء على تنزيل القول بالصحة على ماعرفت، اذ لاغرر فيه ولاجهالة بعد تعيين ثمنه، وأن الزيادة وقعت في مقابلة التاخير، على جهة الشرطية، فتفسد، بل عن الاردبيلي انكار اندراج مثل ذلك في الغرر والجهالة، المنفيين بالشرع ، على تقدير كونهما ثمنين، فضلا عن الثمن والشرط، قال: «لأن الاختيار اليه، وعلى كل من التقديرين، فالثمن معلوم.

وربما يؤيده الحكم بالصحة من غير واحد، فيما لو قال للخياط، خط هذا الثوب اليوم أو فارسيا بدرهم ، وبأقل منه أو اكثر إن خطته في غد أو روميا، مع اشتراك الاجارة والبيع في اعتبار عدم الغرر والجهالة، لكن قد يمنع الصحة فيها ايضاً أو يلتزم تصحيح ذلك على أنه جعالة، لااجارة لعدم اعتبار المعلومية فيها أو يفرق بين الاجارة و البيع، بأن العمل الذي

يستحق به الاجرة، لايمكن وقوعه الاعلى احد الصفتين، فتعين الاجرة المسماة عوضاً له، فلايقتضى التنازع بخلاف البيع . إلاأن الجميع كماترى .

نعم قد يقال انه و إن كان لاجهالة فى صفة الثمن ، ولكنها متحققة فى أصل الثمنية ، بمعنى أنه لم يعلم بعد قبول المشترى ذلك ماصار ثمنا للجميع ، و هو مناف لسببية العقد ايضاً، لاأقل من الشك فى تأثيره على هذا الحال ، و دعوى تعيينه حينئذ باختيار المشتري ينافى انشائية العقد ، و سببيته المقتضية ترتب الاثر عليه بالفراغ منه ، ودعوى الكشف حينئذ ـ مع أنه لاشاهد عليها ـ لاتجدي فى رفع الجهالة حين العقد، ولافرق فى ذلك بين البيع والاجارة و غيرهما من عقود المعاوضة؛ ومن ذلك يظهر أن محل النزاع فيما لوقبله المشتري على تخيير البايع آت كماهو ظاهر الايجاب، وظاهر قوله خذه بأيهما شئت فى صحيح محمد بن قيس(١) فحينئذ على القول بالصحة، إن اختار ألزم باختياره، و او قبله على الترديد ولم يعين كان عليه أقل الثمنين فى أبعد الاجلين للخبرين، واحتمال أن ذلك عليه ـ وإن اختار عملا باطلاقهما ـ ممكن لانه بتمام العقد صار حكمه شرعاً ذلك، فلاأثر لاختياره حينئذ ، بل ولا للبايع مطالبته بالاختيار، ومنه يعلم شدة مخالفة الخبرين للقواعد، على هذا التقدير.

أما لو قال: قبلته نقدا أو نسيئة فخارج عن محل النزاع، ويحتمل فيه الصحة، لوجود المقتضى من الاطلاقات وغيرها، وارتفاع المانع، ويحتمل البطلان، للشك فى تأثير نحو هذا الايجاب الذى لم يجزم موجبه بأحدهما بالخصوص، والأول لايخلو من قوة، بناء على عدم منع مثل هذه الجهالة، وإلافالثانى أقوى، وكذا يخرج عن محل النزاع، لوقبله على جهة التخيير للبايع، وإن كان هو واضح البطلان ايضا، والغرض من ذلك كله، أن المتجه ـ بناء على العمل بالخبرين المزبورين ـ الجمود لعدم المنقح من إجماع وغيره، ﴿و﴾ لذا قال المصنف: ﴿لو باع كذلك إلى وقتين متأخرين كان باطلا﴾ جازماً به

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام العقود الحديث ١

غير مظهر للتردد فيه كالاول، بل في التحرير بطل قولا واحدا.

فمن الغريب ما في الرياض من أن ظاهر الاصحاب عدم الفرق في الحكم صحة و بطلانا بين الصورتين، وإن أشكله ـ هو إن لم يكن إجماعاً ، ـ بأن البطلان في الثانية أقوي ،لفقد المعارض فيه، لاختصاص النص مطلقا بالصورة الاولى ، قلت: لاريب في قوة البطلان في الثانية، بناء عليه في الاولى، ضرورة أولويتها بذلك. نعم يتجه الفرق بينهما باحتمال الصحة في الاولى، دونها ، للخبرين المزبورين . أللهم إلا أن يدعى التنقيح، ودونه خرط القتاد بعد ماسمعت، وإن كان هو مقتضى ماسمعته من عبارة المقنعة وإجماع الغنية ، والله أعلم .

﴿وإذا﴾ باع شيئا شخصيا طعاماً أو غيره و ﴿اشترط: تاخير الثمن إلى أجل﴾ معلوم ﴿ثم ابتاعه البايع﴾ أو غيره من المشترى بعد قبضه ﴿قبل حلول الاجل، جاز﴾ بزيادة كان ﴿على الثمن الأول ﴿أو نقصان؛ ﴾ أو مساواة بالجنس أو بغيره، ﴿ حالا و مؤجلا ﴾ بما يساوي الأجل الاول، أو يزيد عليه أو ينقص عنه، بلاخلاف أجده فيه ، كما اعترف به في الرياض، و المحكى عن مجمع البرهان ، بل في الاخير كان دليله الاجماع. نعم في مفتاح الكرامة خاصة عن المراسم إن باع ماابتاعه إلى أجل قبل حلول الأجل فبيعه باطل، معترفا بأنه لم يجد أحداً نقل عنهما الخلاف قبله . قلت: قد يريد السلف أو الاعم منه و من غيره، لاما نحن فيه، بل لعله الظاهر منه.

وعلى كل حال فلاريب في الحكم المزبور، لاطلاق الادلة وعمومها، او خصوص خبر على بن جعفر المروى عن كتاب مسائله(١) قال: «سألت أخي موسى عليه السلام عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم إلى أجل، ثم اشتراه بخمسة دراهم نقدا أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلاباس » كاطلاق خبره المروى عن قرب الاسناد (٢) المحذوف فيه لفظ

(١) (٢) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العقود الحديث ٦

الأجل والنقد وصحيح بشار (١) سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع نسيئاً، فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: نعم لابأس به، فقلت له: أشتري متاعي؟ فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك » وخبر الحسين بن منذر (٢) قال:« قلت لابي عبدالله عليه السلام : يجيىء الرجل فيطلب العينة ، فاشتري له المتاع من أجله ، ثم أبيعه إياه، ثم أشتريه منه مكاني ؟ فقال : إذا كان بالخيار إن شاء باع ، وإن شاء لم يبع ، وكنت أنت بالخيار إن شئت إشتريت ، وإن شئت لم تشتر؟ فلابأس قلت : فان أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد ، ويقولون : إن جاء به بعد اشهر صلح ، فقال : إنما هذا تقديم و تأخير فلاباس به» بناء على أن العينة، شراء ما باعه نسيئة ،كما حكاه عن بعضهم في الدروس، لكن فيما قبل ذلك ، أنها لغة وعرفاً شراء العين نسيئة ، فان حل الأجل فاشترى منه عينا اخرى نسيئة ثم باعها ، وقضاه الثمن الاول كان جائزا ، وتكون عينة على عينة ، وعليه ايضاً يتم الاستدلال ؛ ضرورة عدم اعتبار كون بيع القضاء على غير البايع فيها .

نعم عن ابن ادريس ؛ أن اشتقاقها من العين وهو النقد ، وفسرها بشراء عين نسيئة لمن له عليه دين ، ثم يبيعها عليه بدونه نقدا ويقضي الدين الاول ، تخرج عما نحن فيه ؛مع إحتمال عدم اعتبار كون العين من غير البايع وحينئذ يتم الاستدلال عليه ايضاً ولو بالاطلاق ، على أن المحكي عنه في الدروس أنه فسرها بشراء عين نسيئة ممن له عليه دين ثم يبيعها عليه بدونه نقدا ويقضي الدين الاول فيكون حينئذ مما نحن فيه ، الى غير ذلك مما لاحاجة اليه ، بعد ما عرفت من عدم الاشكال في المقام.

وخبر منصور بن حازم (٣) قال : «سألت اباعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر ، أو غنم ، أو غير ذلك فاتى الطالب المطلوب ليبتاع منه شيئا ؟ فقال: لايبعه ، نسيئاً وأما نقداً فليبعه بماشاء » يمكن أن يكون المراد منه أن الطالب

(١)و(٢) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العقود الحديث ٣ و ٢

(٣) الوسائل الباب ٦ من ابواب احكام العقود الحديث ٨

أراد شراء المطلوب مماله عليه من الطعام فعلا بعد حلوله فقال : لايبعه عليه نسيئة لانه يكون بيع دين بدين على بعض الوجوه ، أما نقدا فلاباس ، ولعل شيئا فيه مصحف نسيئا وحينئذ يكون خارجا عما نحن فيه . فتأمل جيدا . وفي الرياض أنه مجمل محتمل الحمل على الكراهة جمعا بينه وبين غيره مع عدم مكافأته قطعا .

وعلى كل حال فلاينبغي التوقف في شيء من شقوق المسألة . نعم يستفاد من خبر ابن المنذر وخبري علي بن جعفر(١) أن ذلك جائز ﴿إذا لم يكن شرط﴾ البايع الاول على المشترى ﴿ ذلك في حال بيعه ﴾ عليه ، ولذا نص على اشتراط ذلك في الجواز جماعة ، بل نسبه في الرياض الى الاصحاب ، وأنه لاخلاف فيه ، وفي المحكي عن الكفاية لاأعلم خلافا بينهم في البطلان عند الشرط ، والمفاتيح الظاهر اتفاقهم على بطلانه قلت: قد يظهر الخلاف من اطلاق الجواز في المقنعة والنهاية ومحكي السرائر بل قد يظهر من جامع المقاصد والمسالك وغيرهما عدم اعتباره ؛ لاقتصارهم على الاستدلال له بما في التذكرة من الدور ، وبأنه لم يقصد النقل معه ، وإفساده بما لامزيد عليه ، وهو كذلك سواء قرر الدور بأن انتقاله الى المالك موقوف على حصول الشرط ، وحصوله موقوف على انتقال الملك، أو بأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه

وعلى كل حال فيه ان المتوقف على حصول الشرط هو اللزوم ، لا الانتقال وتوقف تملك البايع على تملك المشتري لايستلزم توقف تملك المشتري على تملك البايع كما هو واضح ، و الالما صح في باقي الشرائط من العتق ونحوه خصوصا شرط بيعه للغير الصحيح اجماعاً محكيا ان لم يكن محصلا، على أن تملك المشترى فيما لو جعل الشرط بيعه من البايع بعد الاجل قبل الاجل واضح واشتراط البيع يؤكد قصد النقل الى المشتري، لاأنه ينافيه ، وإلا لنافاه إذا كان من قصدهما ذلك ، وإن لم يشترطا ، مع أن العقود تتبع القصود ، والاتفاق كما في الروضة وغيرها على الصحة ، وما هو الا أن قصد ردّه بعد ملك المشترى له، غير مناف لقصد البيع بوجه ، وإنما المانع عدم القصد الى ملك المشترى اصلا بحيث لايترتب عليه

---

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب احكام العقود الحديث ٢ و ٦

حكم الملك وهو غير ما نحن فيه كما أن احتمال كون الدور لو كان الشرط ملكه للبايع بالثمن المعين بهذا العقد ، مناف للمفروض في كلامهم على أنه قد يقال : بصحته ، و ترتب ملك البايع على ملك المشتري آناًما ، نحو اعتق عبدك عنى ، بمعنى الترتب الذاتي لا الزماني . فانحصر الدليل حينئذ في النصوص المزبورة .

لكن قد يناقش فيها بالطعن في السند ، وكون المفهوم فيها الباس الذى قد يمنع استفادة الحرمة منه عرفا ، فضلا عن الفساد ، مضافا إلى اشتمال خبر ابن منذر منها على اعتبار عدم اشتراط المشتري على البايع ذلك ايضاً ، ولم نعرف قائلا به . بل قد يستفاد منه لزوم الشرط لو شرط ، وأن به يرتفع الخيار للبايع أو المشتري ، وإن كان يحرم البيع الثاني أو هو و البيع الأوّل بالشرط ، ويكون الحاصل حينئذ حرمة الاشتراط ، وإن كان لو فعل التزم به ، وهو غير اشتراط المحرّم الذى يفسد ويفسد العقد على قول فتامل . على أن ظاهر خبر علي بن جعفر(١) اشتراط البيع بنقيصة ، بل لعله المراد من خبر ابن منذر(٢) فالتعدية الى المساوي والزائد تحتاج الى دليل ، وثبوت اجماع معتد به هنا على عدم الفصل محل منع ، اذ لم يحك عن احد التعرض لأصل الشرط المزبور قبل المصنف الا عن المبسوط خاصة في باب المرابحة ، ولعله لذلك وغيره أومأ اول الشهيدين الى التردد في ذلك ، في المحكي عنه في غاية المراد بقوله «إن كان في المسألة اجماع فلا بحث »

ثم لا يخفى أن المتجه بناء على العمل بالنصوص المزبورة الجمود عليها ، فلا يتعدى لغير البيع من العقود ولا له اذا كان الثمن عينا في وجه ، أو كان الشرط بيعه من غير البايع ، أو نقله إليه بغير البيع ولا لاشتراطه في عقد آخر و نحو ذلك مما لا دلالة فيها عليه ، كي يتجه تخصيص عموم أدلة الشرط بها ، ودعوى التنقيح مع عدم المنقح كما ترى ، بل لولا مخافة المخالفة لاجماع الاصحاب لأمكن حمل هذه النصوص على الاثم بالاشتراط كما عرفت ، أو على ارادة الكراهة مع شرط البيع بنقيصة ، لانه كالحيلة

---

(١) و(٢) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العقود الحديث ٦ و ٢

في تبريته الدراهم أو غير ذلك . والله اعلم

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿ان حل الاجل﴾ ولم يقبض الثمن ﴿فابتاعه بمثل ثمنه من غير زيادة﴾ ولا نقيصة ﴿جاز﴾ بلا خلاف ﴿وكذا ان ابتاعه بغير جنس ثمنه بزيادة أو نقيصة حالا أو مؤجلا﴾ للاصل ، وإطلاق الادلة السابقة ، وإطلاق خصوص صحيح منصور بن حازم (١) قال للصادق عليه السلام : «رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه ، و أتى الطالب المطلوب يتقاضاه ، فقال له المطلوب : أبيعك هذه الغنم بدراهمك التي لك عندي ؛ فرضي ؟ قال : لابأس بذلك » وموثق يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرارة (٢) أو صحيحها « سألا أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بماءة درهم الى أجل ، فلما بلغ ذلك الاجل ، تقاضاه ، فقال : ليس عندي دراهم، خذ مني طعاما ، فقال : لابأس به فانما له دراهم يأخذبها ماشاء » الى غير ذلك.

﴿و﴾ أمّا ﴿إن ابتاعه بجنس ثمنه بزيادة أو نقيصة ففيه روايتان﴾ اشبههما و﴿اشهرهما﴾ ماسمعته من روايات ﴿الجواز﴾ بل لم أجد من عمل برواية المنع غير الشيخ في النهاية بالنقيصة ، و في التهذيبين بالزيادة ، وهي خبر خالد بن الحجاج (٣) «سأل أباعبدالله عليه السلام عن رجل بعته طعاماً بتأخير الى أجل مسمى ،فلما جاء الأجل أخذته بدراهمي فقال : ليس عندي ، ولكن عندي طعام فاشتره مني؟ فقال : لاتشتره منه فانه لاخير فيه» وخبر عبدالصمد بن بشير (٤) قال : سأل الصادق عليه السلام ايضاً محمد بن القاسم الحناط «فقال: أصلحك الله أبيع الطعام الرجل إلى أجل ، فاجيء وقد تغير الطعام من سعره فيقول : ليس لك عندي دراهم ؟ قال : خذ منه بسعر يومه قال: افهم اصلحك

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العقود الحديث ١

(٢) الوسائل - الباب ١١ من ابواب السلف الحديث ١٠

(٣) الوسائل الباب ١٢ من ابواب السلف الحديث ٣

(٤) الوسائل الباب ١٢ من ابواب السلف الحديث ٥

الله إنه‌طعامي الـذى اشتراه مني‌قال : لاتاخذمنه حتى‌يبيعه ويعطيك قال : أرغم الله أنفي رخص لي ، فرددت عليه ، فشدّد علي» وخبر الحلبي (١) قال : «سئل ابوعبدالله عليه السلام عن‌رجل اشترى ثوبا ثم رده على صاحبه ، فأبى أن يقبله‌الابوضيعة ،قال: لايصلح له أن ياخذه ؛ فإن جهل واخذه باكثر من ثمنه رد على صاحبه الاول‌مازاد»

وهي جميعاًكماترى غيرمكافئة لغيرها من‌وجوه، خصوصا بعدالطعن في السند واختصاص الاولين بالطعام،واحتمال‌الاول‌منهما الارشاداوالكراهة‌كمايؤمي‌اليه‌التعليل،و عدم‌التصريح فيه‌بأنه طعامه‌الذى باعه‌إياه، ولابزيادة الثمن أو نقيصة، و الثاني ـ مضافا إلى‌كثيرمن ذلك ـ أن‌السائل لماطمع أن‌يرخص له‌أخذطعامه الذى دفعه اليه، مع أن القيمةقد زادت، وهو لايستحق إلاالدراهم، لم‌يرخص له‌الا أن يأخذ بسعريومه، بل‌لعل ذلك‌هوالظاهرمنه،كظهورالثالث في‌الإقالة‌بالنقيصة، المجمع‌على‌عدم‌جوازه، كالزيادة بحسب‌الظاهر.

فلاينبغي التوقف‌حينئذفي‌الحكم‌المزبور في‌الطعام، فضلاعن‌غيره،وإن‌حكي‌عن بعضهم‌موافقة الشيخ‌في الاول، ولاريب في‌ضعفه، وأضعف منه ما عن خلاف الشيخ من أنه‌لايجوز شراء طعام‌ممن باعه‌طعاما قبل‌نقد الثمن‌ولو غيرماباعه‌اياه‌بزيادة عن‌ثمنه، لأدائه إلى‌بيع الطعام‌بطعام بزيادة ، وفيه أن العوض دراهم لاطعام، هـذاكلـه اذالـم تتغيرالسلعة.

أمااذا تغيرت‌عن حالة البيع، كالهزالة؛ أونسيان الصنعة، أوتمزيق الثوب، ففي التحرير«جازشرائه‌إجماعاًوإن‌كان‌لايخلوإطلاقه‌من بحث‌في‌الجملة،وقد بان‌لك‌من‌ذلك كله‌أن شراء المبيع المؤجل ثمنه ، إما أن يكون قبل حلول أجله، أوبعده، و على التقديرين، فاماأن يكون‌البايع قداشترط شرائه في‌نفس العقد أولا، وعلى كل تقدير فاماأن يشتريه بجنس‌الثمن وقدره، أوبزيادة، أو بنقيصة، أوبغير جنس، إما حالا، أو

---

(٢) الوسائل الباب١٧من‌ابواب‌احكام العقودالحديث ١

مؤجلا، فيكون الحاصل من ذلك كما في حاشية الكركي على الارشاد أربع و عشرون صورة، يظهر بادني تأمل بطلان اثنتي عشرة منها والخلاف في أربع إلى أن قال:

وفي شرح الارشاد للشهيد أن الحاصل من ضرب صورتي اشتراط شراء المبيع في نفس العقد و عدمه، في الشراء بزيادة أو نقيصة، أو بمساواة الجنس الثمن أو بغير جنسه، حالا أو مؤجلا، ستة عشر، وهو غير ظاهر، بل اثنتا عشر صورة، لان الشراء بالجنس، لا يخرج عن الزيادة و النقصان والمساواة فهي ثلاث وبغير الجنس والحلول و التأجيل ثلاثة اخرى، و مضروب الست، في إثنين اثنتاعشرة وإذا ضربت في صورتي الشراء قبل حلول الاجل أو بعده، تبلغ اربعا وعشرين لا اثنين و ثلاثين كما ذكره فليتامل» قلت: لعل الشهيد نظر الى ان الحلول والتأجيل لكل من الاربعة، اى البيع بغير الجنس وبه زائدا أو ناقصا أو مساويا، وعليه تكون ستة عشر فاذا ضربت في صورتي الشراء قبل حلول الاجل وبعده، تبلغ اثنين وثلاثين. والامر سهل. نعم عن الشهيد في شرحه المزبور و احتمال الحاق البيع بالجنس مساويا مؤجلا في صور الخلاف، لان للاجل زيادة: وفيه أن العكس أقوى منه احتمالا، اذ المفروض ان المبيع كان مؤجلا، فبيعه بمقدار ثمنه حالا مخالف لثمنه، بل هو كذلك مع نقصان الاجل عن أجله، أو زيادته، والله أعلم

﴿ولا يجب على من اشترى مؤجلا أن يدفع الثمن قبل الاجل وإن طولب﴾ اجماعا أو ضرورة ﴿وإن دفعه تبرعا لم يجب على البايع أخذه﴾ وإن لم يكن ضرر عليه بذلك، بلا خلاف أجده بيننا، بل في الرياض «الاجماع عليه كالاول» وفي جامع المقاصد «نسبة الخلاف فيه الى بعض العامة» ولكن قد يتخيل الوجوب، وأنه كالدين الحال في ذلك، لان فائدة التأجيل الرخصة للمشترى بالتاخير، لا عدم وجوب الاخذ لو دفعه اليه قبله، فمصلحته مختصة به، ولذا يزداد الثمن عليه من أجله، وله طلب النقصان في مقابلة التعجيل، وعقد البيع بلا اجل يقتضي وجوب الدفع والاخذ، و اشتراط الرخصة للاول لا يستلزمها للثاني، بل الظاهر أن المراد من الاجل التوسعة في ذلك الزمان الى نهاية

الاجل، اى لايضيق الافى ذلك الزمان كالواجب الموسع، وقد يتفرع على ذلك أن للمشترى‌اسقاط حق‌التاجيل كمافى غيره‌من‌الحقوق

لكن‌فى القواعد «أنه‌لوأسقط المديون أجل‌الدين الذى عليه لم يسقط وليس لصاحبه‌المطالبة في‌الحال »وعلله في‌جامع المقاصد «بأن‌ذلك‌قدثبت بالعقد اللازم‌لانه المفروض، فلايسقط بمجردالاسقاط، ولان‌في‌الاجل حقالصاحب الدين‌و لهذا لايجب قبوله‌قبل الاجل، أمالو تقايلا في‌الاجل فانه‌يصح، ولو‌نذر التاجيل فانه‌يلزم، وينبغى أن‌لايسقط بتقايلهما اذالتقايل‌في‌العقدلافى النذر»

وفيه‌أن ثبوته بالعقد اللازم، لايمنع من‌سقوطه بالاسقاط، كاشتراط الخيار و نحوه، ويمكن‌منع حقية صاحب الدين فيه، وإتفاق وجودمصلحة له‌في ذلك، لاينا فى كونه‌من حقوق المشترى، كالخيار المشروط له، كماأنه يمكن‌منع مشروعية‌التقايل فيه‌خاصة دون‌أصل العقد،ولوصح رجع‌الى‌الاسقاط ، ومع‌فرض‌أنه‌من حقوق‌المشترى خاصة، لم‌يعتبر اتفاق‌البايع معه‌على الاسقاط الذى‌هو بمنزلة‌الابراء، بل هومنه ، كما أومى‌اليه‌هوفى حاشية الارشاد فى‌مسألة التعجيل بالنقيصة، بل‌لعله الظاهر‌من‌القواعد فى‌باب السلم.

ومافى‌الرياض‌ـ‌من‌أنه نمنع استلزام انحصار فائدته فى الرخصة للمشترى بعد تسليمه وجوب الاخذ على‌البايع مع‌مخالفته الاصل الخالى عن المعارض من النص و الاجماع، لاختصاصه بغير‌صورة الفرض ـ يدفعه‌ما عرفت‌من اقتضاء العقد ذلك، وأن الشرط‌المزبور حق‌للمشترى خاصة، فيسقط‌باسقاطه كغيره‌من الشرائط التي له على البايع، فالعمدة حينئذ‌الاجماع المزبور. والله‌اعلم.

﴿وإن حل﴾ الاجل ﴿فمكنه﴾ المشترى ﴿منه﴾ بعد المطالبة اوقبلها ﴿وجب على البايع أخذه﴾ اذاكان‌مساويا لمافى الذمة‌قدراوجنسا ووصفا، بلاخلاف

اجده فيه ايضاً، بل في الرياض الاجماع عليه، وهو الحجة بعد حديث الضرار(١) الشامل للمقام، ضرورة تحقق الضرر على المشترى ببقائه مشغول الذمة،

وقد يناقش في الوجوب من حيث الدفع بارتفاع الضرر بقبض الحاكم مع الامتناع أو بتشخص المدفوع للمشترى بحيث يكون الضمان منه معه، والعقد إنما يقتضي ملك الثمن على المشترى لا وجوب قبضه فهو كما لو كان الثمن عينا، فانه لا يجب عليه القبض من حيث الدفع، بل هو إن كان من حيث حرمة الاتلاف، وتدفع بأن الثابت من الادلة ذلك خصوصا قوله تعالى(٢) «أوفوا بالعقود» فان وجوب الوفاء بها يتبع وجوب الدفع ووجوب القبول وحينئذ فاذا انتفى سقط اعتباره، إذ هو كالدفع من المديون يجب عليه أولا فاذا امتنع جاز التقاص من ماله

وكيف كان ﴿فان امتنع﴾ البايع ﴿من أخذه ثم هلك من غير تفريط ولا تصرف من المشترى كان من مال البايع على الاظهر﴾ بل لا أجد فيه خلافاً مع تعذر الحاكم، لان في هلاكه من المشترى ضرراً عظيما، فيكون منفيا بالنص(٣) وتعين الدين بالقبض ممن له أو من يقوم مقامه ـ ولذا كان للمديون تغييره ما لم يقبض ـ إنما هو في غير الفرض، ضرورة أن التعيين كما يتوقف على قبض المالك يتوقف على تعيين المديون، فاذا امتنع أحدهما في محل الوجوب وجب أن يسقط اعتباره، حذراً من لزوم الضرر

إنما الكلام في اعتبار الحاكم وظاهر الاصحاب قصر الحكم هنا عليه، إذ لم أجد في كلام من وقفت عليه منهم ذكر غيره إلا في الحدائق فجعل عدول المؤمنين مرتبة أخرى هنا، وهو موقوف على عموم ولايتهم لمثل المقام، وفيه بحث، بل قد يظهر من إطلاق الشيخين وابن حمزة في المقنعة والنهاية والوسيلة والمتن والنافع والمحكي عن

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابوب الخيار الحديث ٣ و٥

(٢) سورة المائده الايه ١

(٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣ ـ ٢

الديلمي والقاضي وكذا التقي عدم اعتبار الحاكم في التلف من البايع ، ولعله لعدم ثبوت ولايته في المقام ، وإطلاق حديث الضرار ؛ خلافا للفاضل في جملة من كتبه والشهيدين والكركي ومحكي المبسوط والسرائر، بل ربما قيل: إنه المشهور فخصّوه بما إذا تعذر الحاكم ، ومقتضاه ،كون المقاصة من المساوي للدّين كذلك ، إقتصارا فيما خالف الاصل الدال على عدم تعيين الثمن للبايع حيث كان كليا إلّا بقبضه على محل الوفاق ،والتفاتا إلى اندفاع الضرر عن المشتري بالدفع إلى الحاكم ، فلو قصر كان كالمفرط في المال ؛ - من حيث تمكنه من دفعه إلـى مستحقه أو نائبه ، فيكون من ماله ، وإلى أن الحاكم كما أنه قائم . مقام الغائب ، يقوم مقام الممتنع عمن يجب عليه ؛ ولذا يأخذ الزكاة منه قهرا ، ويتولى النية ، ويؤدي ديونه ومايجب عليه من نفقة ونحوها من ماله

نعم هل يجب ذلك كما زائد هو وظيفته ؟ لكن في الدروس عن ابن ادريس وجوب القبض الى على الحاكم بمجرد الإمتناع ، أومع تعذر جبره على الواجب وسؤال البايع القبض ؟ قد يقوى الثاني ، ومنه يعلم حينئذ وجوب جبر الحاكم له على ذلك كما هو وظيفته ، لكن في الدروس عن ابن إدريس وجوب القبض على الحاكم ، ولا يجب عليه الإجبار على القبض أو الإبراء ، واستبعده فيها ، وهو كذلك .

نعم يمكن القول بعدم إجباره إن لم يسأله الدافع ،كما في سلم جامع المقاصد قال : «لأن يده يد رضي بها المدفوع لـه ، ولم يصدر منه ماينافيها» وقال فيه ايضاً : « إن للحاكم قبضه و إن لم يجبره على قبضه ، وأنّه لو لم يسأله الدافع لم يجب عليه قبضه ، وإنّه يجوز ذلك له وإن لم يسأله» وفيه بحث في الجملة يعرف مما ذكرنا .

ثم إن من الواضح عدم وجوب الدفع إلى الحاكم بعد الامتناع ، بناء على اعتباره ، لعدم تشخص المدفوع للبايع ، بل هو باق على ملك المشتري ، فله التصرف فيه وإبقاء الحق في ذمته . نعم إذا أراد إبراء ذمته من الحق دفعه إلـى الحاكم ، إذ الظاهر الإتفاق على تشخصه بقبضه له ، وربما ظهر من بعض مشايخنا عدمه .

نعم يكون تلفه منه خاصة ، و بناء على التشخيص بالامتناع من غير حاجة إلى قبض الحاكم يمكن القول بوجوب دفعه اليه ، لأنه مال مسلم محترم يتمكن وصوله من وليه فيجب ، والأقوى عدم الوجوب ،للأصل ،

لكن هل يبقى أمانة في يده يجب حفظها أولا ؟ قديظهر من المتن والدروس وغيرهما الأول ، بلهوصريح اللمعة ، والثانىلايخلومنوجه بل قوة ، قال فى جامع المقاصد : «إذاامتنع المالك منالقبض وتعذرالحاكم ، زالالضمانعن الدافعبالتعيين لكن هل هومشروط بالحفظ بمجرى العادة فيكونأمينا أم لا ؟ فلايكون الحفظ واجبا عليه ، لم أجد به تصريحا للاصحاب ، لكن قوة التأمل فىكلامهم تشهدللثانى حيث أطلقوا نفى الضمان عنه ، دفعا للضرر ، ولو وجب الحفظ الدائم لبقى الضرر المحذور ، وألزم بالضمان بالتقصير فيه ، ويتجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه ولم يأت بهلكنه أعلم بالحال ، و بين ماإذا أتاه و طرحه عنده ، فينتفى وجوب الحفظ فى الثانى ، دون الأول ، وإن اشتركا فى عدم الضمان » و نحوه فى حاشية الارشادله ؛ ولعل مراده بالاشتراك فى عدم الضمان على تقدير عدم التفريط، لامطلقا ، فلاينافى ماتقدم منقوله لووجب ألزم بالضمان .

وعلى كل حال ففى جريان مثل ذلك فى الحاكم لوقبضه إشكال ، لكن فى المسالك فى باب السلمفىشرح قولالمصنف ، ولو امتنع قبضه الحاكم إذاسألالمسلم إليه ذلك قال : « هذامع إمكانه ، و مع تعذره يخلى بينه و بينه ؛ وتبرأذمته و إن تلف ، و كذا يفعل الحاكم لوقبضه ، إن لم يمكن إلزامه بالقبض»كالاشكال فى أصل ثبوت التشخيص بالامتناع مطلقا أو مع تعذر الحاكم على اختلاف القولين وإنكان ظاهر الأصحاب ذلك ، بلهو صريح جماعة منهم ، وقديحتمل العدم ، وإن كان لو تلف يكون من مال البايع علىكل حال ، إذبه يتحقق رفع الضرر ، و يحصل الجمع بينقاعدة عدم التشخيصإلابقبض ذي الدين ، وبينه

وربما أومى اليه في الدروس قال : « ولو امتنع البايع أثم ، ولو هلك بعد تعيينه فمن ماله ، مالم يفرط فيه المشتري أويتعدي ، و للمشتري التصرف فيه ، فيبقى في ذمته : ضرورة ان جواز تصرف المشتري فيه مستلزم لبقاء ملكه عليه ، و حينئذ فالنماء بين التعيين والتلف له ، أللهم إلا أن يقال : يمكن التزام الشهيد بأنه ملك البايع متزلزلا ؛ فله الرجوع فيه ، فالنماء حينئذ له ، إلا إذا أعاده المشتري إلى ملكه و في الروضة «إنه ربما قيل ببقائه على ملك المشتري و إن كان تلفه من البايع »

ثم إنه قد ينقدح بناء على التشخيص القول بمثله فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على حكم الاشاعة ، بحيث يتعين المدفوع للشريك ولا يتلف منهما معاً ، وكذا لو تسلط الظالم بنفسه ، وأخذ قدر نصيب الشريك ، لكن في جامع المقاصد و حاشية الارشاد لم أجد تصريحا للأصحاب بنفي ولا إثبات ، مع أن الضرر قائم هنا ، وفي الأول إن المتجه العدم ، وفي الثاني إن الحكم مشكل ، قلت: ويؤيده الأصل وعدم التقصير من الشريك فلاضرر من قبله . والله أعلم .

﴿وكذا﴾ البحث بتمامه ﴿في طرف البايع إذا باع سلما﴾ لكن صرّح المصنف هناك بقبض الحاكم ، ولافرق بين المقامين على الظاهر ﴿وكذا كل من كان له حق ، حال أو مؤجل ، فحلّ ثم دفعه ، وامتنع صاحبه من أخذه ، فإن تلفه من صاحبه الذي يجب عليه قبضه على الوجه المذكور﴾ لاتحاد الجميع في المدرك كما هو واضح

لكن لا يخفى أنه قد ذكرنا ذلك كله موافقة لكلماتهم التي جملة منها مجرد دعوى بلا دليل فضلا عن أن يصلح قاطعا لأصالة عدم تشخص الدين و عدم ملك المستحق، وعدم براءة ذمة المستحق عليه في جملة من الصور المفهومة من كلامهم، كذا دعوى ملك المستحق لما يعينه المديون متزلزلا على وجه يجوز للدافع الرجوع به أو دعوى أنه باق على ملك الدافع ولكن التلف يكون من مال الديان .

نعم قد يقال : في خصوص مالو مكنه منه على وجه يدخل به تحت

يده عرفا ، وتحت سلطانه وتحت قبضته برأت ذمة المديون وصيرورة المال ملكا للديان لأنه قبض أو كالقبض ، ضرورة صدق الأداء والوفاء والإعطاء ونحوها مما هو مستفاد من خطاب الديان ، وكذا بالنسبة إلى أداء الأمانة ، وإيصال المغصوب ، وخروج المبيع عن ضمان البايع ، وربما يشهد لذلك في الجملة ماذكروه في غير المقام ، من صدق الوفاء وإيصال الحق إلى مستحقه ، بالدّس في المال على وجه يدخل في قبضته وتحت سلطانه ، ويمكن تنزيل عبارة المتن ونحوها على هذه الصورة ، ولذا لم يعتبروا اذن الحاكم ، بخلاف غيرها من الصور التي لا يصدق معها التمكين فعلا . وإن قال له : إن حقك موجود هو في الدار ونحو ذلك ، مما هو طلب للتمكين منه ، لا أنه مكّنه فعلا ، فان الظاهر عدم تشخص الحق بذلك ولو مع تعذر الحاكم والعدول ، للأصل بل الاصول ، ومشروعية المقاصة لا تقتضي مشروعية ذلك .

نعم هنا بحث في ولاية الحاكم عنه في القبض حينئذ أو في حال الغيبة ، وأراد المديون فراغ ذمته وهو شيء آخر ، غير ما نحن فيه ، من تعيين من عليه الحق ، و بذلك يظهر لك النظر في جملة من الكلمات ؛ حتى ما سمعته من الكركي ، فانه وإن كان قد حام حول الحمى فيما ذكره من مسألة وجوب الحفظ وعدمه ، إلا أن ظاهره الاكتفاء بتعيينه في الصورة الاولى ، وإن وجب عليه الحفظ ، فلاحظ وتأمل والله العالم .

﴿ويجوز بيع المتاع حالا ومؤجلا ، بزيادة عن ثمنه ﴾ ونقصان جوازاً لا خيار فيه ﴿ إذا كان ﴾ كل من البايع و﴿المشتري عارفا بقيمته﴾ مالم يكن سفها ، و الابطل العقد إن كان بعد تحجير الحاكم أو قبله ، بناء على عدم الحاجة إليه في منع تصرفه ، كما أن للمغبون منهما الخيار مع الجهل بالقيمة ، بلاخلاف ولا إشكال في شيء من ذلك ، وإن كان في عبارة المتن وغيرها من عبارات الأصحاب خلل ما في تادية ذلك ، إلا أنه سهل بعد وضوح الحال ومعلومية الحكم .

وكذا لاخلاف ﴿و﴾ لا إشكال في أنه ﴿لا يجوز تأخير ثمن المبيع ولا شيء من

الحقوق المالیة بزیادة فیها ﴾ لأنه ربا محرم کتابا (۱) وسنة (۲) وإجماعا ، فلا یجوز سواء وقع علی جهة البیع ، أو الصلح ، أو الجعالة ، أو غیرها ، ولو اشترط فی عقد آخر فسد وأفسد ، اذ هو لا یحلل الحرام .

نعم لا باس بجعل الزیادة المبذولة فی ثمن مبیع آخر، لا فی مقابلها ، مع اشتراط التاخیر فی الدین الحال الی الأجل المسمی ، کما صرحت به النصوص والفتاوی قال محمد بن إسحق بن عمار (۳) للرضا علیه السلام : «الرجل یکون له المال ، فدخل علی صاحبه ، یبیعه لؤلؤة بألف درهم ، تساوی ماءة درهم ویؤخر علیه المال إلی وقت ؟ فأجابه لا بأس قد أمرنی أبی ففعلت ذلک» وقال لأبی الحسن علیه السلام (۴) : «یکون لی علی الرجل دراهم، فیقول : أخرنی بها وأنا أربحک ، فأبیعه جبة تقوم علی بألف درهم ، بعشرة آلاف درهم ، أو قال : بعشرین ألف وأؤخره بالمال ؟ قال : لا باس » وقال عبد الملک (۵) : « سألته عن الرجل أرید أن أعینه المال ویکون لی علیه مال قبل ذلک ، فیطلب منی مالا أزیده علی مالی الذی لی علیه ، أیستقیم أن أزیده مالا وأبیعه لؤلؤة ، تساوی ماءة درهم بألف درهم ، فأقول أبیعک هذه اللؤلؤة بألف درهم علی أن أؤخرک بثمنها وبمالی علیک بکذا وکذا شهرا ؟ فقال : لا باس » إلی غیر ذلک مما هو صریح فی الجواز علی الوجه المزبور وظاهر فی عدمه مع جعل الزیادة فی مقابل التاخیر، ولا یقدح فی ذلک کونها حیلة للتخلص من الربا ، بعد أن وردت بها النصوص وأفتی به الاصحاب ، بل هی علی مقتضی الضوابط الشرعیة ، ونعم الحیلة ، ما یفرّ بها من الباطل إلی الحق .

﴿ و ﴾ کذا ﴿ یجوز تعجیلها ﴾ أی سائر الحقوق المالیة المؤجلة ﴿ بنقصان منها ﴾

---

(۱) سورة البقره الایة ۲۸۸

(۲) الوسائل الباب ۱ من ابواب الربا

(۳) الوسائل الباب ۹ من ابواب احکام العقود الحدیث ۶

(۴و۵) الوسائل الباب ۹ من ابواب احکام العقود الحدیث ۴و۵

بلاخلاف أجده فيه على جهة الصلح ، وهو المسمى بالحطيطة أو الإبراء من كل منهما ، ويدل عليه - مضافا إلى الأصل - مرسل أبان (١) عن الصادق عليه السلام « سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين ، فيقول له قبل أن يحل الاجل: عجّل النصف من حقي على أن أضع عنك النصف أيحلّ ذلك لواحد منهما ؟ قال : نعم » وقال ابن أبي عمير (٢) : «سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له دين الى أجل مسمى ، فياتيه غريمه ، فيقول له : أنقدني كذا وكذا ، وأضع عنك بقيته ، أو يقول : انقدني بعضه وأمدّ لك في الأجل فيما بقي عليك ؟ فقال : لاارى به بأسا ، إنه لم يزد على رأس ماله ، قال الله جل ثنائه (٣) «ولكم رؤس اموالكم لاتظلمون ولا تظلمون» ونحوه صحيح محمد بن مسلم (٤) ومنهما يعلم جواز الصلح عن التاخير بغير الزيادة، لعدم تحقق الربا فيه هنا. فتامّل جيدا وستسمع في باب القرض تمام البحث في هذا المسألة . انشاءالله تعالى والله أعلم .

﴿ومن ابتاع شيئاً بثمن مؤجل وأراد بيعه مرابحة﴾ أي بالزيادة على رأس المال بما يتراضيان به ،كما أن التولّيه ، البيع بمايساويه ، والوضيعة بالأنقص ، والمساومة بمايقع الرضا به من غير اعتبار لرأس المال ، والواجب في الأول الإخبار بقدر الثمن و جنسه ووصفه ، فمع فرض أنه مؤجل ﴿ فليذكر الأجل ﴾ لأن لـه قسطا من الثمن ﴿فإن باع﴾ حالاأو إلى أجل دون أجله ﴿ولم يذكره﴾ صح البيع بلاخلاف، بل الاجماع بقسميه عليه للعموم وخصوص النصوص (٥) ووجود المقتضي ، مع عدم مايصلح للمانعية، سوى التدليس المزبور الذي هو كالداعي إلى تعلق الرضا والقصد إلى البيع المخصوص .

نعم ﴿كان المشتري بالخيار بين ردّه ، وإمساكه بماوقع عليه العقد﴾ للتدليس،

(١و٢) الوسائل - الباب ٧ من ابواب الصلح الحديث ١-٢

(٣) سوره البقره الاية ٢٧٨

(٤) الوسائل الباب ٣٢ من أبواب الدين الحديث ١

(٥) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب احكام العقود

ولفوات ماهو كالشرط والوصف ، ولحديث الضرار(١) المنجبر هنا بفتوى كثير ، بل في تعليق الارشاد الاكثر ، بل في الرياض أنه الاشهر بين الطائفة ، سيما متأخريهم بل ظاهرهم الاتفاق عليه كافة ، إلا من الشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة ، بل في موضع آخر منه أنه المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعا من متاخرى الطائفة ، مع رجوع الشيخ في الخلاف والمبسوط عما في النهاية مؤيداً ذلك كله بثبوته فيما هو مثله في المعنى، من الكذب والخطاء بمقدار الثمن من غير خلاف يعرف فيه بينهم الامن المحكي عن الاسكافي ، فله الاخذ بحط الزيادة وربحها والمبسوط حيث يظهر غلطه وعن الخلاف أنه قواه مع أنه لادلالة في كلام الإسكافي على سقوط الخيار ، ولعله يثبته له مع ذلك .

﴿و﴾ لكن ﴿المروي﴾ هنا ﴿أنه﴾ يصح البيع و ﴿ يكون للمشتري من الأجل مثل ماكان للبايع ﴾ ففي صحيح هشام (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يشترى المتاع إلى أجل فقال: ليس له ان يبيعه مرابحة الا الى الاجل الذى اشتراه فان باعه مرابحة ولم يخبره كان للذى اشتراه من الاجل: مثل ذلك» وخبر أبي محمد الوابشى(٣) الذى لاتقدح جهالته بعد ان كان الراوي عنه ابن محبوب في وجه في معقد الإجماع على تصحيح ما يصح عنه قال : « سمعت رجلا يسأل أبا عبدالله عليه السلام ، عن رجل اشترى من رجل متاعا بتأخير الى سنة ، ثم باعه من رجل آخر مرابحة ، أله أن يأخذ منه ثمنه حالا و الربح ؟ قال : ليس عليه إلا مثل الذى اشترى ، إن كان نقد شيئاً فله مثل ما نقد ، وإن لم يكن نقد شيئاً فالمال عليه إلى الأجل الذى اشتراه »

وخبر ميسر بياع الزطي(٤) الذى هو كالصحيح في الوجه المزبور ، لأن في السند صفوان قال لأبي عبدالله عليه السلام . «إنا نشترى المتاع بنظرة ، فيجيء الرجل ، فيقول:

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣-٤

(٢و٣) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب احكام العقود الحديث٢-٣

(٤) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب احكام العقود الحديث ١

بكم يقوم عليكم ؛ فأقول : بكذا وكذا فأبيعه بربح ؟ فقال : إذا بعته مرابحة كان له من النظرة مثل ماله قال: فاسترجعت وقلت : هلكنا »الحديث والمرادمنه بقرينة الخبرين السابقين ، أنه إذا باعه مرابحة ولم يذكر الاجل ، لأن المراد بيان وجوب الاخبار خاصة فهو واضح الدلالة كالسابقين .

وأما السند فقد عرفت حاله في جميعها فالعمل بها متجه خصوصاً بعد ان لم تكن مهجورة ، بل عمل بها الاسكافي و الشيخ في النهاية والقاضي و ابن حمزة ، و المحدث البحراني على ماحكي عن بعضهم ، ومال إليه الاردبيلي ، أوقال به في المحكي عنه ، ولم يعلم حال من لم يتعرض لذلك منهم ، كالصدوق و المفيد ، وأبي يعلى ، وعلم الهدى والراوندي على ماقيل ، وعن صاحب الرموز التوقف ، كالشهيد في غاية المراد، وظاهر الدروس و المحقق الثاني في تعليق الارشاد ، بل قيل أن التوقف ظاهر شرح الارشاد لفخر الاسلام . والتنقيح والمقتصر ، والتوقف من جهتها ، كالعمل بها في الخروج عن الشذوذ والهجر ، بل عمل بها في المختلف في الجملة قال بعد ان ذكرها دليلا للشيخ .«والجواب انها محمولة على ما اذا باعه بمثل ما اشتراه وأخفى عنه النسيئة ولم يشترط النقد ، فانه والحال هذه ، يكون له من الاجل مثل ماكان للبايع على إشكال » .

وإنكان قدينا قش فيه بأنه ـ مع كونه إحداث قول في المسألة ـ لافرق في ظاهرها بين التصريح بالنقد وعدمه ، بعدأن كان الاطلاق منصرفا إليه ، خصوصا بعد ماعرفت من تصريحهم بأنه مؤكد ، على أن الظاهر إتحاد محل النزاع في كلام الاصحاب مع مضمون النصوص ، والظاهر أن مراد المختلف بقوله باعه بمثل ما اشتريه ، التصريح بتعيين الثمن ، وأنه هو الذى اشتراه به و اخفى النسيئة ، لا أنه عقد البيع كذلك ، ضرورة بطلانه حينئذ ، فضلا أن يكون له من الاجل مثله .

لكن في حاشية الارشاد للكركي «ظاهر الاخبار يقتضي ثبوت مثل الاجل ؛

لكن ليس فيها تصريح بكون البايع عين الثمن وأهمل الاجل ، أو باع بمثل مااشتراه ولم يعين شيئا ، والمصنف في المختلف حمل الروايات على المعنى الثاني وأشكله ، وأكثر الاصحاب على أنه يلزم المشتري الثمن حالا » ثم قال: «وأقول :اذاعين البايع الثمن واهمل ذكر الاجل وجرى العقد على ذلك ينبغي الجزم بالصحة من غير اجل إذليس في الاخبار ولا غيرها ماينافي ذلك ، غاية ما في الباب ثبوت الخيار للمشترى للتدليس ، فان للأجل قسطا من الثمن ، وإذا باع بمثل ما اشتراه ولم يعين شيئا وكان مؤجلا إستحق مثل الاجل إن صححنا البيع ، وهذه مدلول الروايات ، لكن نحن في صحته من المتوقفين ؛ لمافيه من الغرر »وهو كما ترى ، بل الخبر الثالث كالصريح في خلافه.

وكيف كان فالعمل بالنصوص متوجه ، سيما مع عدم شدة مخالفتها للقواعد ، إذليس إلا اقتضاء إطلاق العقد الحلول و قديمنع في مثل المقام ، المبنى على البيع مرابحة ؛ بل لوصرح فيه بذلك ، بزعم أن رأس المال كذلك أمكن عدم الالتفات اليه.

نعم يمكن القول بثبوت الخيار مع ذلك ، إن لم ينعقد الاجماع على خلافه إذ ربما يكون مقصوده الشراء حالا ، لعدم المنافاة بينها وبين مادل عليه ، والظاهر إرادة ثبوت مقدار أجل البايع للمشتري من النصوص المزبورة . لا ما بقي من أجل البايع ، إذقد يبيعه بعد حلول أجله عليه ، كما أن الظاهر مساوات هذا الاجل للاجل المذكور في العقد في جميع الاحكام المذكورة ،من الحلول بالموت ، وعدم وجوب القبض على البايع ، لودفعه إليه المشتري قبل الحلول و نحو ذلك ، ولايسقط هذا الخيار بناء عليه ببذل البايع الأجل ، و لابتلف المبيع من المشترى ، و لابتصرفه فيه قبل العلم به ، بل يفسخ ويرد القيمة أو المثل نحوما سمعته في خيار الغبن ، وفي القواعد النظر في السقوط بالاخيرين وقدمر في الغبن وفي بحث تلف المبيع مدة الخيار مايعلم منه الحال هنا ، فلانعيده فلاحظ وتأمل .

ولو باعه وضيعة أوتولية ولم يخبره ففي تعدية المبحث المزبور قوة كالقوة

فيما لو باعه مؤجلا دون الاجل الذى اشترى به ، ولو باعه مؤجلا مرابحة بمقداره لكن لاعلى أن رأس المال كذلك ، ففى تسلط المشترى على الخيار وجـه ايضاً والله اعلم .

«النظر الثانى»

من الستة «فيما يدخل في المبيع و» المعروف بينهم أن «الضابط الاقتصار على مايتناوله اللفظ . لغة أو عرفا» لكن قال ثانى الشهيدين منهم : «المراد بالعرف ما يشمل الخاص الذى منه الشرعي ، بل هو مقدم عليهما إذا لم تتفق ، ثم العرفي ، ثم اللغوي » و تبعه فى الحدائق ، فقال «إن الاظهر أن يقال إن الواجب هو حمل اللفظ على الحقيقة الشرعية إن وجدت ، وإلا فعلى عرفهم عليهم السلام ، لأنه يقدم على عرف الناس ، وإلا فعلى ماهو المتعارف فى ألسن المخاطبين ، والمتبادر فى محاوراتهم ، وإن اختلفت فى ذلك الاصقاع والبلدان ، ثم مع تعذر ذلك فاللغة ، و ربما قـدم بعضهم اللغة على العرف » .

وهو من غرائب الكلام ، إذفيه ما لايخفى إذا أراد تقديم الشرعي على العرف الخاص للمتعاقدين ، ضرورة تبعية عقد هما لقصد هما ، بل لو قصدا غيره مع الجهل به بطل ولو الشرعي ، نعم لو علماه وقصداه صح و إن كان غير عرفهما ، من غير فرق بين الشرعي و العرفى ، بل وفيه إيضاً فيما إذا لم يكن لهما عرف خاص ، بل كان للعرف العام الشامل لهما معنى مغاير للشرعي ـ أن الظاهر إرادة ذلك من لفظهما ، لاالحقيقة الشرعيه التى يحمل عليها لفظ الشارع و من تبعه في الاستعمال ، و بعض

النصوص الواردة في بعض الالفاظ في النذروالوقف والوصية ، مع أنها واردة في موارد خاصة ، بل قيل إنها في الالفاظ التي لم يعلم لها معان معينة في العرف واللغة ، وإنما هي مجملة ، أومبهمة غيرمتفق عليها بين الطائفة في موردها ، فضلا عن غيره، والبحث في تقديم العرفية على اللغوية ، أوالعكس إنما هوفي الاستعمال الذي لم يعلم حصوله قبل هجر اللغة أوبعده ، لافي مثل المقام الذي فرض ذلك فيه نادر. و ظني أن الاشتباه نشأ من ذكر هذا الترتيب في الالفاظ الواردة في خطاب الشارع فزعموا أن المقام مثله والفرق بينهما في غاية الوضوح .

نعم قد يقال : بتقدم الحكم الشرعي على ماهومقتضى العرف كما تسمعه في دخول ثمرة النخل قبل التأبير في ملك المشتري وإن لم يكن هو على مقتضى العرف ، بل و إن كان العرف على خلافه ، وهو ـ مع أن فيه من الإشكال ماتسمعه ـ غير محل البحث لكن قد يريده الشهيد أونحوه ممالايكون به مخالفا .

ثم ينبغي أن يعلم أن مايدخل في المبيع قد يكون من جهة تناول اللفظ ، وقد يكون من جهة غيره ، و كلام معظم الأصحاب هنا في بيان الأول ، و إن شمل بعض كلماتهم ولو من حيث تعلق البيع التوابع في المبيع التي يقطع بعدم تناول لفظ المبيع لها ، كطريق الدار ، وثياب العبد ، إلا أن الامر سهل . بعد أن كان المرجع في حكم التبعية الشرع ، أوالعرف إذا فرض عدم ذكر ما يدل عليها في العقد الناقل ، وقد لا تكون حاضرة في ذهن المتعاقدين ، و دعوى أن الدلالة إلتزامية ، يدفعها منع اللزوم بينها ، و بين متعلق البيع مع أن المحكي عن قطب الدين الرازي ، أن المراد بتناول اللفظ بالدلالة المطابقية و التضمنية لا الالتزامية ، فلا يدخل الحائط لوباع السقف واستحسنه في المسالك .

لكن في الحدائق بعد أن حكى ماسمعت عن القطب ، حكى عن الاردبيلي أن المراد بالمعاني مايفهم منها بحسب التخاطب إرادة اللافظ ذلك مطابقا ، أوتضمنا ، أو

التزاما ، ثم قال : «وهو الأظهر بالنظر إلى ماقد منا نقله عنهم من الحوالة على العرف ، قلت : الدلالة الالتزامية المصطلحة هي الانتقال من اللفظ الدال على الملزوم إلى اللازم ، بواسطة اللزوم بينهما عقلا أو عرفا ، أراده اللافظ أو لم يرده ، فتعليق صيغة البيع باللفظ الدال على الاول ، لايقتضى إرادة نقل الثاني قطعا ، و إن دل عليه اى صار سببا لحظوره في ذهن السامع عند ذكر الدال على الملزوم ، وبينهما بون بعيد ، وفرضه لازما للارادة بمعنى أن قصد نقل أحدهما يلزمه قصد نقل الاخر في الدلالة الالتزامية المصطلحة يمكن منع تصوره ، فلم يبق في مثل التوابع المزبورة الاالتبعية شرعا أو عرفا ، لنقل ذلك المبيع ، لأنه قصد بالعقد نقلها ، وأنه هو الذى أثر انتقالها كالمتبوع ، و حيث كان الناقل في الفرض لفظ صيغة البيع ، أمكن اندراجه حينئذ في الضابط المزبور بهذا الاعتبار ، بناء على إرادة مايشمل ذلك من اللفظ فيه ، وإلا فهي تابعة للنقل ، ولو كان بالفعل بناء على حصوله بالمعاطاة ، فتامل جيدا فإنه دقيق .

ثم إن الظاهر كون محل البحث في اللفظ الذى صار موردا للعقد حال غفلة المتعاقدين عما شك في دخوله فيه ، وعما اختلف فيه ، إذ مع تنبههما لذلك ولم يتعرضا للدخول والخروج ، ولا كان العرف عندهما منقحا ، يقوى بطلان البيع للجهالة ، إذ إناطة البيع بمعنى اللفظ ؛ مع فرض عدم معرفته لاريب في كونه منها ، بخلاف ما إذا كانا غافلين و اكتفيا في علم المبيع بمعظم أجزائه ، ولم يتنبها لاستحضار تمامها ، فإن الصحة فيه واضحة ويتجه حينئذ نزاعهما في دخول بعض الأشياء و خروجها ، والمرافعة للحاكم ، فيحكم بينهما بحسب مايراه من الدخول والخروج ولو من جهة الشك ، وقد يقال : بالصحة في الأول إيضاً ، بناء على عدم قدح مثل هذه الجهالة في أمثال ذلك في الصحة بعد ان كان معظم المراد من اللفظ معلوما . فتامل جيدا .

كما أنه يمكن القول بالبطلان فيهما ، هذا كله مع الجهل في أجزاء مسمى مورد العقد ، أما الجهل بالتوابع فغير قادح ، اذ قد عرفت أن مرجعها إلى الشرع ، لا إلى

ألفاظ المتعاملين ، والمسألة غير منقحة في كلام الأصحاب ، و ظن المجتهد الذى يترافعان إليه في الدخول والخروج كاف ، لأنه من ظن الموضوع ، بل لا يبعد الاكتفاء به في ظن التبعية .

وكيف كان فقد تعارف بين الأصحاب البحث في ألفاظ مخصوصة لكثرة دورانها ، فمنها لفظ البستان والباغ ﴿فمن باع بستانا دخل﴾ فيه ﴿الشجر﴾ والنخل والأرض بلا خلاف ولا إشكال ، من غير فرق بين ماقصد منه الثمر من الشجر وغيره ، بل الظاهر دخول الميت من النخل فيها ، إذا لم تكن مقطوعة ، فضلا عن المشرف ، وكذا الشجر على إشكال فيه ، والسعف اليابس في النخلة ، و الأغصان اليابسة في الشجرة ، لكن في القواعد «لا يدخل الغصن اليابس ، ولا السعف اليابس على إشكال ، وفي ورق التوت نظر» إلا أن ضعفه واضح ، والقطع عادة لا يخرجه عن الجزئية .

﴿و﴾ أما ﴿الأبنية﴾ فلا ريب في دخول سورها ﴿فيه﴾ كما نص عليه في جامع المقاصد ومحكي التذكرة ، وكذا غيره مما يعد من توابعها ومرافقها ، ويدخل في نحو إطلاق باع فلان بستانه . ولكن في القواعد الإشكال فيه و في المسالك وجهان ، من ذلك ، ومن عدم دخوله في مسماه لغة ، ولذا يسمى بستانا و إن لم يكن فيه بناء ، بخلاف ما إذا لم يكن فيه شجر ، فتنتفي دلالة المطابقة و التضمن ، و أما انتفاء دلالة الالتزام فلعدم كونه لازما بحيث يلزم من تصوره تصوره ، وفيه أنه يمكن كونه جزء من الفرد المبيع ، لا من مفهوم البستان الصادق مع عدمه ، كصدقه مع قطع بعض الأشجار منه ، ولعل الأقوى : الرجوع فيه إلى العادة المختلفة باختلاف الأمكنة ، و أوضاع البناء و غيرهما ، وإليه أومي في الدروس بقوله يدخل فيه الجدار والبناء الذى جرت العادة بكونه فيه دون غيره ، لكن في التذكرة «عندنا لا يدخل» ولا ريب في تبعية المجاز ، لأنه من ضرورات الانتفاع بها ، بل والشرب إيضا لذلك ، كما جزم به في الدروس و جامع المقاصد ، لكن في القواعد و التذكرة الإشكال فيهما ،

ولاوجهمعتد بهللأول ، بل و الثاني مع الإنحصار ، لامتناع الإنتفاع المطلوب من البستان بدونهكما هو واضح .

واحتمالكون الإشكال من حيثالمفهوم ـ و إنكان داخلا بوجه آخر ـ فيه مالايخفى ، كاحتمالكونه مع التمكن من مجاز وشرب أعزلها ، وكذا يتبعها العريش الذى يوضع عليه القضبان إذا كان ثابتا دائما أو غالبا ، دون المنقول دائما أوغالبا ، مع أن في الدروس وجها في الدخول ، وأطلق في القواعد الدخول على إشكال ، كإطلاقه في التذكرة أن الأقرب عدم الدخول ، وليس لفظ الكرم كالبستان قطعا ، خلافا للمحكي في التذكرة عن الشافعية قال : وليس جيدا ، فإن العادة والعرف و الإستعمال يقتضى عدم دخول الحائط في مسمى الكرم ، ودخوله في البستان ، و في المسالك أن المرجع فى دخول الارض و العريش والطريق والشرب و البناء ، لو باعه بلفظ الكرم العرف ، فإن أفاد دخولها فيمسماه دخل ، وإلا فلا ، ولو أفاد دخول بعضها خاصة أختص به وكذا القول فى باقي الأشجار الثابتة معه ، و مع الشك في تناول العرف لها لاتدخل . و أوضح من ذلك مافي الدروس «ولوباعه بلفظ الكرم تناول العنب لاغير إلامع القرينة».

ومنها الدار التى أشار إليها المصنف بقوله ﴿وكذا من باع دارا دخل فيها الأرض و الأبنية الأعلى و الأسفل﴾ بلا خلاف و لا إشكال ﴿ إلا أن يكون الأعلى مستقلا بماتشهد العادة بخروجه مثل أن يكون مساكن منفردة﴾ لها طريق مخصوص ونحوه ، كما في بعض البلدان ، والظاهر إشتراك السقف حينئذ بينهما ، وعليه يحمل إطلاق المكاتبة الصحيحة (١) «فى رجل إشترى من رجل بيتا فى دار له بجميع حقوقه ؛ و فوقه بيت آخر ، هل يدخل البيت الأعلى فى حقوق البيت الأسفل أم لا ؟ فوقع عليه السلام ليس له إلا ما اشتراه باسمه وموضعه إنشاءالله» مع أنها فى البيت لافى الدار .

وكذا لاخلاف ﴿و﴾ لا إشكال في أنه ﴿تدخل الأبواب﴾ المنصوبة ، والحلق ، والمغالق ، والسلاسل ، والعتبات ﴿والأغلاق المنصوبة﴾ عليها ﴿في بيع الدار﴾ و إن

(١) الوسائل الباب ٣١ من ابواب احكام العقود الحديث ١

لم يسمها ﴾ بل الظاهر دخولها فيها لا في بيعها خاصة ، كما هو ظاهر العبارة ﴿ وكذا الأخشاب المستدخلة في البناء ﴾ بل ﴿ والأوتاد المثبتة فيه ، والسلم المثبت في الأبنية على حذو الدرج ﴾ بل والحمام المعدّ لها والحوض والخوابي المثبتة في الأرض والحيطان بحيث تصير من أجزائها وتوابعها ، خلافا للفاضل في التذكرة كما حكاه في المسالك ، فنفى دخول السلالم المسمرة ، والرفوف الموضوعة على الأوتاد من غير سمر ، والأوتاد المثبتة ، لخروجها عن اسم الدار ، وفي اكثر كتبه كما حكاه في المسالك إيضاً الخوابي مطلقا ، وقد يحمل على ما لا تعدّ من أجزائها.

قال في التذكرة: «ما أثبت في الدار لا على وجه الدوام والبقاء فيها كالرفوف والدنان و الاجانات المثبتة والسلالم المسمرة والأوتاد المثبتة في الارض والجدران والتحتاني من حجري الرحا، وخشب القصار ومعجن الخباز ، ألأقرب عدم دخوله ، لأنها ليست من أجزاء الدار، وإنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا يتزعزع ويتحرك عند الاستعمال » وقال في الدروس : «لا يدخل فيهاما بها من آلة ولو كانت مدفونة » ثم بعد أن حكى عن الشيخ دخولها، لأنها كالخزاين قال: «نعم لو كانت الخابية مثبتة في الجدران، قرب دخولها» وفي المسالك « لو كان السلم غير مثبت لم يدخل قطعا » قلت : قد يناقش فيه على إطلاقه .

وكيف كان فلا يدخل فيها الكنوز المذخورة ، والأحجار المدفونة ، وما ليس بمتصل كالفرش، والستور، والحبل ، والدلو ، والبكرة ، والقفل، ونحو ذلك ، ويقوى دخول ألواح الدكاكين ،كما في المسالك ، واستشكل فيه في القواعد ، وفي التذكرة «أن الاقرب الدخول ، لانها أبواب لها ؛ فأشبه الباب المثبت ، ويحتمل عدم الدخول، لأنها تنقل وتحول فكانت كالفرش» قلت : لاريب في دخول الألواح التي هي أبواب لها وإن لم تكن ثابتة لسهولة الارتفاق بسعة الباب ، أمّا الالواح المسماة بالخوان ، في عرفنا ، فالظاهر عدم الدخول ، لأنها من الآلات فتامل جيدا .

﴿وفى دخول المفاتيح﴾ للأغلاق المنصوبة ﴿تردّد، ودخولها أشبه﴾ لأنها من التوابع للأغلاق التي عرفت دخولها ﴿ولاتدخل الرحى المنصوبة﴾ قطعاً ﴿إلا مع الشرط﴾ خلافا للمحكي عن المبسوط ، وضعفه واضح، وإثباتها لسهولة الانتفاع بها، لالادخالها فى الدار، ويدخل فى بيع الدار المجاز، ولو قال بحقوقها وتعدد دخل الجميع، ولو لم يقل، ففى القواعد إشكال ، قال : «فإن قلنا بدخول الجميع فلابحث ، وإلاوجب التعيين » وكذا يدخل فيه البئر، بل والماء الذي فيه ، كما نصّ عليه فى التذكرة ولاتقدح جهالته بعد أن كان من التوابع ، خلافا للمحكي عن المسوط ، فلم يدخله لانّ لهمادة مجهولة تمنع من صحة بيعه ، فتمنع من دخوله ، وتبعه القاضي كما فى الدروس والله أعلم .

﴿ولو كان في الدار نخل أوشجر لم يدخل﴾ فى الدار ولا ﴿فى المبيع﴾ بلا خلاف كما عن التنقيح الاعتراف به فى بيع الأرض التي هى كالدار فى ذلك ؛ وفى التذكرة «لو كان وسطها أشجار لم تدخل عندنا» ﴿فإن قال بحقوقها قيل﴾ والقائل الشيخ كما فى المسالك ﴿يدخل﴾ بل فيها أنّه يفهم منه الدخول وإن لم يقل بحقوقها ، محتجاً بأنه من حقوقها، وفى الدروس عن المبسوط دخول الشجر والنخل فى بيع الدار ، وضعفه المصنف فقال: ﴿ولاأرى هذا شيئا ، بل لو قال ومادار عليه حائطها أوماشاكله ، لزم دخوله ،﴾ والذى حكاه الفاضل وغيره عن الشيخ ، الدخول فى بيع الارض إذا قال ذلك ، لاالدار، بل قيل إنه وافقه عليه القاضي وابن حمزة وابن زهرة ألّلهم إلاأن لايفرق بينهما .

وعلى كل حال فلاريب فى ضعف الدخول ، سيما مع كونه على خلاف الأصل ، و دعوى كونه من الحقوق ممنوعة فى الغالب ؛ بل لو فرض ذلك فى بعض الأشجار والزرع المقصود منها نزهة الدار وحسنها كان خارجا عن محل النزاع، ويكون من قبيل الدخول بالقرائن ، بل لايحتاج فيه إلى التصريح بالحقوق .

ومكاتبة الصفار(١) فى الصحيح إلى أبى محمد ﷺ « فى رجل اشترى من رجل

---

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب احكام العقود الحديث ١

أرضاً بحدودها الأربعة وفيها زرع ونخل وغيرهما من الشجر، ولم يذكر النخل ولا الزرع ولا الشجر في كتابه ، وذكر فيه أنه قد اشتراها بجميع حقوقها الداخلة فيها ؛ و الخارجة منها ، أيدخل النخل والأشجار في حقوق الأرض أم لا ؟ فوقع عليه السلام ، إذا ابتاع الأرض بحدودها وما أغلق عليه بابها ، فله جميع ما فيها انشاءالله » أوضح دلالة على العدم منها على الدخول ، من حيث تعليق الدخول فيها على ذكر ما أغلق عليه بابها ، الدال بالمفهوم على العدم ، مع عدم ذكره ، والمنطوق لاخلاف فيه نقلا وتحصيلا لدلالة العرف.

﴿وإذا استثنى نخلة﴾ مثلا ﴿فله الممر إليها والمخرج منها ومدى جرائدها﴾ وعروقها ﴿من الأرض﴾ وليس للمشتري منع شيء من ذلك، لانه من حقوقها التابعة لها، كما أنه للبايع ذلك لو انعكس الامر .

نعم لا يدخل نفس الارض في بيع النخل أو الشجر ، للاصل ، لكن يستحق من منفعتها ما يتوقف الانتفاع بالشجرة وثمرتها من الحرث والسقي وجمع الثمرة ونحو ذلك من حقوقها . قال الصادق عليه السلام في خبر السكوني (١) : « قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في رجل باع نخلا واستثنى نخلة ، بالمدخل اليها والمخرج منها ومدى جرائدها » كخبر عقبة بن خالد (٢) « عن النبي صلى الله عليه وآله قضى في هرائر النخل ان تكون النخلة والنخلتان للرجل في حائط آخر ، فيختلفون في حقوق ذلك ، فقضى أن لكل نخلة من أولئك من الارض مبلغ جريدة من جرائدها حين يعدها ».

ولعل الاصل في الخبر حريم النخل ، ثم اعتراه التصحيف ، و على كل حال فالمراد واضح ؛ و ليس أنه يملك مقدار ذلك من الارض ، بل المراد كون ذلك من الحقوق ؛ فليس للمالك حينئذ أن يثني الجرائد ، أو يقطع العروق ، بل ليس له العمل في الارض بما يضر بالعروق ، أو النخلة ، أما إذا لم يضر فالظاهر جوازه ، وفي

---

(١) الوسائل الباب ٣٠ من ابواب احكام العقود الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ١٠ من ابواب احكام احياء الموات الحديث ١

المسالك « أن في الجواز إحتمالا وجيها ، لانه مالك الارض ، و إنما استحق مالك الشجرة مايحتاج إليه بطريق الاستتباع لتوقف الانتفاع عليه ، لاالملك ، فيقتصر فيه علي موضع اليقين » ثم قال : « وكذالايجوز لمالك الشجرة الانتفاع بما يخرج عن متعلقاتها ، من الزرع تحتها ، والاقامة عندها زيادة على المعتاد في أمثالها ، مع احتماله ايضاً » قلت : لاوجه للاحتمال المزبور إذا لم يتوقف عليه مصلحة النخلة.

وكيف كان فلاينبغي التامل فيما ذكرناه من الاحكام المزبورة ، لكن قال محمد بن الحسن الصفار(١) «كتبت اليه في رجل باع بستاناله فيه شجر وكرم ،واستثنى منها شجرة ، هل يمر إلى البستان إلى موضع شجرته التى استثناها ، وكم لهذه الشجرة التى استثناها من الارض التى حولها ، بقدر أغصانها ، أوبقدر موضعها التى هي ثابتة فيه فوقع عليه السلام ، له من ذلك على حسب ماباع ، فلايتعدي الحق في ذلك ، إنشاالله» ولعل مراده نفي الملكية ، لاالاستحقاق بالمعنى الذى ذكرناه والله أعلم .

﴿و﴾ قدظهر لك مماذكرناه و لاأنه ﴿لوباع أرضاوفيها نخل أوشجر، كان الحكم كذلك﴾ الذى سمعته أى لايدخل مالم يأت بالعبارة السابقة و نحوها مماتدل على الشمول ﴿وكذالوكان فيها زرع﴾ لم يدخل ايضاً في بيع الارض، ولوكان بذرا لماعرفت ﴿سواء كانت له أصول تستخلف أولم يكن، لكن يجب تبقيته في الارض حتى يحصد﴾ لانه أوانه الذي ينتظر، والمراد باستخلاف الاصول، أنه يجز مرة بعد أخرى ، ويجب تبقيته حينئذ إلى أن تنتهي جزاته ، ويستقلع ، والجميع للبايع ، للاصل ، لكن في الدروس «عن الشيخ والقاضي أنه ان كان مجزورا فهو للمشترى، وإلا فالجزة الأولى للبايع ،والباقى للمشترى» ولاريب في ضعفه .

---

(١) الوسائل الباب ٣٠ من ابواب احكام العقود الحديث ١

نعم لو شرطه المشترى ، أودلت القرينة ، دخل كغيره من الزروع سنبلا ، وقطنا مفتحا وغيره كان أوغيرهما ، خلافا للمحكى عن المبسوط فلايصح فى السنبل والقطن ، للجهالة له ؛ مع أنه جوز بيع السنبل والبذر مع الارض ، و عن المختلف إن كان البذر تابعا دخل بالشرط ، وإن كان أصلا ، بطل ، قلت : الصحه مطلقا لاتخلو من قوة ، بل فى الدروس انه الوجه ، ومنها النخل والشجر ، و يدخل فيه ولو بالتبعية ، الكبيرة ، والصغيرة ، والعروق ، والمجاز ، والشرب ، على حسب ماعرفته سابقا فى بيع البستان ، و لا تدخل الارض كما سمعته حينئذ إيضاً ؛ بل ولا الافراخ المتجددة ، وإن كانت هى ملكا للمشتري ؛ باعتبار كونها نماء ملكه ، و تظهر الثمرة فى عدم وجوب إبقاؤها على البايع كالاصول ، بل له الازالة ، لان البيع إنما اقتضى إبقاء الشجرة و ما يعد من أجزائها ، وليس الفروخ شيئا منهما .

نعم قد يقال إن الازالة عند صلاحية الاخذ ، وإمكان الانتفاع كما فى الزرع و الثمرة إذا اشتراهما ، بل فى جامع المقاصد « أنه لايستحق أجرة على ذلك ، لان البقاء إلى أوان الانتفاع من مقتضيات العقد ، وربما أشكل أصل الحكم ، بأنه إن شملهما اسم الشجر وجب الابقاء دائما ، كالشجرة وإن لم يشمله لم يجب إبقاؤه وقتاما ، كما لو نبت حب الغير فى أرض آخر ، و أجيب بأن اسم الشجرة لايتناوله فلايجب إبقاؤه دائما ، لكن لايجوز إزالته حالا ، لانه من نماء الشجرة فهو كثمرتها التى لم تدخل فى مسماها ، لكن يجب إبقاؤها إلى أوان البلوغ عرفا ، ثم تسوغ الازالة » قلت: قد يحتمل وجوب بذل الاجرة جمعا بين الحقين و لو شرط البقاء فلابحث فى الوجوب .

هذا وفى الدروس « قيل : ولاتدخل الافراخ الا بالشرط» وهو مشعر بتردده ، ولعله نظر الى الجزئية باعتبار حصولها من أصول الشجر ، وفيه أنه وإن نمت من أصوله ، إلاأن العرف اقتضى خروجها عن الجزئية ؛ وعدها شجرا آخر ، لكن فى جامع

المقاصد »هذا ، إذالم يكن ثابتة في نفس المغرس ، أما إذا إنبتت فيه فاشكال» .

وكيف كان فلاريب في استحقاقه البقاء في الاصول ، ولوانقلعت سقط حقه ، و ليس له غرس غيرها فيه ، كما أنه ليس له الا بقاء في المغرس مثبتة ، لانها حطب حينئذ لاشجرة ، بل الظاهر عدم وجوب بقاء أصلها ، لرجاء أن ينبت ، لان استبقاء الاصول إنماكان بالتبعية لها وقدزالت ، و ربما احتمل الوجوب ، لوجوب إبقاء المجموع ، فلايسقط بزوال بعضه ، ولاريب في ضعفه ، بل الظاهر كون الحكم كذلك و إن اشترط بقاء الافراخ إذا لم يكن فرخ حال الموت نعم لوكان موجودا . و بقاء الاصل له مدخلية في بقائه، إتجه حينئذ وجوب الابقاء . والله أعلم .

﴿ولو باع نخلا قد أبر ثمرها﴾ أي لقح بذر طلع الفحل من النخل في طلع الاناث بعد تشقيقه ، ﴿ فهو للبايع﴾ للاصل والاجماع المحكي إن لم يكن المحصل ﴿لان اسم النخلة لايتناوله ، ولقول امير المؤمنين عليه السلام ﴾ في خبر غياث بن ابراهيم(۱) عن الصادق عليه السلام ﴿ « من باع نخلاقد أبره فثمرته للبايع الاأن يشترط﴾المبتاع» اى﴿المشترى﴾«ثم قال : قضى به رسول صلى الله عليه وآله » كقول الصادق عليه السلام في خبر يحيى بن ابى العلا (۲) : «من باع نخلاقدلقح ، فالثمرة للبايع ، إلاأن يشترط المبتاع ،قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بذلك»وقال ايضاً في خبر عقبة بن خالد(۳) :«قضى رسول الله صلى الله عليه وآله أن ثمرة النخل للذي أبّرها ، إلاأن يشترط المبتاع » فماعن ابن حمزة من أنها للمشتري مع عدم بدوّ الصلاح ، شاذلامستندله ، ﴿و﴾لكن ﴿يجب على المشتري تبقيته﴾إلى أوان بلوغه من غير أجرة ،﴿نظراً إلى العرف وكذالواشترى ثمرة كان للمشتري تبقيتهاعلى الأصول ؛ نظراً إلى العادة﴾ بلاخلاف في شيئ من ذلك ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه إذهو من مقتضيات العقد عرفا ، فكأنه مشترط ، ويأتي في باب الخيار له تتمة انشاءالله .

(۱)(۲)(۳)الوسائل الباب۳۲من ابواب احكام العقود الحديث ۳-۲-۱

﴿و﴾ من المفهوم من النصوص المزبورة علم أنه ﴿ إن باع النخل ولم يكن مؤبّرا ، فهو للمشتري على ما أفتى به الأصحاب ﴾ بل في المختلف والتذكرة ومحكي الخلاف الاجماع عليه ؛ بل هو مقتضى ما تسمعه من عبارة المصنف ، فضلا عن نسبته هنا إلى الأصحاب، الظاهر في الاجماع أيضاً ، كظاهر الصيمري والمحكي عن المقداد ، وبه يخرج عن مقتضى الأصل ، لكن قد يشكل العمل بذلك ، إذا فرض كون العرف على الخروج عن المشتري ، كالاشكال في الأول ، إذا فرض تعارف الدخول في ملك المشتري ، ضرورة أنــه معه يكون كالمصرّح به ، و دعوى شمول النصوص لذلك ، يمكن منعها خصوصا في الأول الذي دليله المفهوم .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿لو انتقل النخل بغير البيع ، فـالثمرة للناقل سواء كانت مؤبرة أولم تكن﴾ عند علمائنا كما في التذكرة﴿ وسواء انتقلت بعقد معاوضة ك ﴾ وقوعه ثمنا ﴿ للاجارة و﴾ مهرا في ﴿النكاح أو بغير عوض كالهبة وشبهها﴾ بلا خلاف أجده فيه أيضاً ، بل في ظاهر التذكرة أنه من معقد إجماعه ، للاصل السالم عن معارضة النصوص و الاجماعات السابقة ؛ ودعوى التنقيح ممنوعة على مدعيها ، كدعوى أن النصوص السابقة ، إنما كشفت عن العرف في التبعية ، خصوصاً بعد ما صرح بما ذكرنا ، غير واحد من الاصحاب ، بل عن بعضهم الاجماع عليه ، خلافا للمحكي عن المبسوط والقاضي فعمما الحكم، وعن السرائر أنه لا دليل لهما سوى القياس ، ولو ظنها المشتري غير مؤبّرة، فظهرت مؤبّرة فعن الشيخ أن له الفسخ، لفوات بعض المبيع في ظنه، وعن الفاضل عدمه ، لعدم العيب وتفريطه، وهو قوي، لكن في الدروس «أن الوجه الاول، لأن فوات بعض المبيع أبلغ من العيب ، ولا تفريط ، لانه بنى على الاصل» وفيه منع الفوات ، ومنع كون البناء على الاصل عُذرا يسلّط على الخيار. ولو ظن البايع التابير فظهر خلافه، ففي الدروس «أنّ له الفسخ إذا تصادقا على الظن» وفيه نظر يعلم مما عرفت ، وعليه فلو ادعى أحدهما على صاحبه علم الحال ، فانكر ، احتمل كما في الدروس إحلاف المنكر، ويقضى

بباطنه ولعله الظاهر. والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿ الابار ﴾ الذي عليه المدار ﴿ يحصل ولو تشققت من نفسها فأبّرتها للواقح ﴾ لا طلاق الخبرين الاولين ، و معاقد الا جماعات . ولا ينافيه خبر عقبة (١) بل في المسالك «أن العادة الاكتفاء بتأبير البعض ، والباقي يتشقق بنفسه ، و ينشب ريح الذكور إليه ، وقد لايؤبّر شيء ، و يتشقق الكل بتأبّر الرياح ، خصوصا إذا كانت الذكور في ناحية الصّبا ، فهب الصبا وقت التأبير» ونحوه في التذكرة ﴿ وهو معتبر في الاناث ، ولا يعتبر في فحول النخل ﴾ لماعرفت من أن مسماه ذلك . فثمرتها على كل حال للبايع ، للأصل السالم عن معارضة المفهوم ، الظاهر في الذي عادة صنفه التأبير .

﴿و﴾ كذا ﴿ لا ﴾ يعتبر هو أو شبهه ﴿ في غير النخل من أنواع الشجر ، إقتصاراً على موضع الوفاق ، فلو باع شجرة فالثمرة للبايع على كل حال ﴾ إلا أن يكون عرف يقتضي الخروج ، للأصل السالم عن المعارض بعد حرمة القياس ، ولعل ما في النهاية غير مناف لذلك قال: «إذا باع نخلا قد أبّر ولقح ، فثمرته للبايع ، إلا أن يشترط المبتاع الثمرة ، فإن شرط كان على ماشرط ، وكذلك الحكم فيما عدا النخل من شجر الفواكه» ونحوه قال المفيد وعن ابن إدريس أنه ماقصد الشيخ من ذلك إلا أن الثمرة للبايع ، لأنه ماذكر إلا مايختص بالبايع ، ولا اعتبار عند أصحابنا بالتأبير إلا في النخل ، فأما ما عداه متى باع الأصول وفيها ثمرة فهي للبايع ، إلا أن يشترطها المشتري ، سواء لقحت أو لم تلقح ، وهو كماذكر ، وإلا كان ضعيفا لاشاهد عليه .

ثم إن المدار على التابير فعلا ، كما هو ظاهر النصوص والفتاوى ، لا وقته كما عن الشافعي ، فلو باعه النخل بعد صلاح الثمرة ، لكنها لم تكن مؤبرة ؛ كانت للمشترى للصدق ، إلا أن يكون هناك عرف يقتضي الخروج ، فإن فيه الإشكال المزبور حينئذ .

﴿و﴾ على كل حال ف ﴿ في جميع ذلك له تبقية الثمرة حتى تبلغ أوان أخذها ﴾ و

---

(١) الوسائل الباب ٣٢ من ابواب احكام العقود الحديث ١

هو مختلف كما تسمعه في الفروع ﴿وليس للمشتري إزالتها إذا كانت قد ظهرت ، سواء كانت ثمرتها في كمام كالقطن والجوز ، أو لم تكن ، إلا أن يشترطها المشتري﴾ على البايع « فإن المؤمنين عند شروطهم » ﴿وكذا لو كان المقصود من الشجر ورده ، فهو للبايع تفتح أو لم يتفتح﴾ بلا إشكال ولا خلاف أجده في شيء من ذلك ، إلا من المحكي عن المبسوط وبعض أتباعه ، فقال : «إذا باع القطن وخرج جوزه ، فان كان تشقق فالقطن للبايع ، إلا أن يشترطه المشتري ، وإن لم يكن تشقق فهو للمشتري» ثم قال : « وما عدا النخل والقطن فعلى أقسام أحدها ـ ما يكون ثمرته بارزة ، لا في كمام ولا ورد كالعنب والتين وما أشبه ذلك ، فان باع أصلها ، فان كانت الثمرة قد خرجت فهي للبايع ، وإن لم يكن قد خرجت فهي للمشتري. الثاني ـ أن تخرج الثمرة في ورد ، فإن باع الأصل بعد خروج وردها ، فان تناثر الورد وظهرت الثمرة فهي للبايع ، وإن لم يتناثر وردها ولم يظهر الثمرة ، ولا بعضها فهي للمشتري . الثالث ـ أن تخرج في كمام كالجوز واللوز ، مما دونه قشر يواريه إذا ظهر ثمرته فالثمرة للبايع ـ الرابع ما يقصد ورده كشجر الورد والياسمين ، فاذا بيع الأصل ، فان كان ورده قد تفتح فهو للبايع ، وإن لم يكن تفتح فهو للمشتري .

ونحوه عن ابن البراج ، ولم أعرف له شاهداً صالحاً لقطع الاصل في الورد والقطن ، بل ظاهر التذكرة أن المخالف في الثاني الشافعي ، قال؟ فيها : «القطن ضربان ، أحدهما له ساق ويبقى سنين ، ويثمر كل سنة ، وهو قطن الحجاز والشام والبصرة . والثاني ـ ما لا يبقى أكثر من سنة واحدة ، وكلاهما لا يدخل الجواز الظاهر في بيع الاصل ، سواء تفتح أولا ، خلافا للشافعي ، ثم حكى قوله في القسمين» والتحقيق عدم الخروج عن مقتضى الاصل إلا في النخل كما عرفت ، بل في الدروس أنه لا يدخل في ملك المشتري ورد الثمار فضلا عن الجنبذ . والله أعلم .

ومنها ـ القرية ، والدسكرة ، والضيعة في عرف أهل الشام ، ويدخل فيه دورها

وساحاتها وطرقها ، وفي دخول الاشجار الثابتة وسطها إشكال ، كما في القواعد ، وجزم في الدروس بالخروج الامع الشرط ، أو القرينة كالمزارع التي حولها ، فانه لاريب في خروجها ، بل في القواعد وان قال بحقوقها . ومنها - لفظ الكتاب ويدخل فيه أجزائه وجلده وخيوطه ، ومابه من الاصول والحواشي والاوراق المثبتة فيه ، ولايدخل فيه كيسه ولاما به من أوراق منفردة لاتتعلق به ، الااذا كان عرف يقتضيه ، وفي دخول ما يعلم به من الاوراق نظر كما في الدروس . ومنها - لفظ الحمام ويدخل فيه بيوته ، و موقده ، وخزانة مائه ، وحياضه ، ومسلخه ، وبئره وماؤها ، بل في الدروس أنه لو كان ينتزع من مباح دخلت الساقية فيه ، و الاقرب دخول قدره المثبت فيه ، ولايدخل فيه سطله ، ولاأقدامه ، و وقوده ومأزره ، و على البايع تسليمه مفرغا من الرماد و كثير الغمامة .

ومنها - لفظ العبد والامة ولا يبعد إقتضاء العرف دخول ثيابهما الساترة للعورة في بيعهما ، كما نص عليه في الدروس ، ويأتي الكلام في غيرها في بيع الحيوان ، و منها - لفظ الدابة ويدخل فيه النعل ، دون المقود والرحل إلامع الشرط كما في الدروس ، و لعل العرف الان على خلافه ، خصوصا في المقود . إلى غير ذلك من الالفاظ التي لا فائدة في التعرض لتفصيلها ، بعد أن كان الضابط ماسمعته أولا . والله أعلم . فروع

﴿الاول: إذا باع ﴾النخل ﴿المؤبر وغيره﴾ صفقة ﴿كان المؤبر للبايع والاخر للمشتري﴾ بلا خلاف فيه بيننا ، إتحدت البستان أو تعددت واتحد نوع المؤبر أو اختلف ، خلافا للشافعي ﴿وكذا لو باع المؤبر لواحد ، وغير المؤبر لاخر ﴾ بل لو باع نخلة واحدة أبر بعضها دون الاخر ، كان لكل حكمه ، لان تعليق الحكم على الوصف مشعر بالعلية ، فيدور الحكم مدارها وجوداً وعدما ، خلافا للتذكرة فالجميع للبايع، لصدق بيع نخل قد أبر ، و اقتصاراً فيما خالف الاصل - عن دخول غير المؤبر في ملك المشتري - على المتيقن ، و لعسر التميز إذا أبر المشتري ما انتقل إليه ، و المشقة

فی اعتبار تأبیر الجمیع فی بقاء الثمرة علی ملك البایع .

والجمیع کما تری بعد ما عرفت ؛ علی أن صدق التابیر لیس بأولی من صدق عدم التأبیر ، بل یمکن منع صدق الاول بظهور النصوص فی تأبیر الجمیع ، و الاقتصار علی المتیقن لایعارض الدلیل ولوکان ظنیا ، وعسر التمیز ـ مع أنه لایشخص ملکیة البایع ـ یمکن رفعه حینئذ بالصلح ،کما فی الدروس « إذا لم یعلما قدرما لکل منهما ، نحو مالوکانت مؤبرة للبایع ، فتجددت أخری للمشتري قال فی القواعد: إن لم یتمیزا فهما شریکان ، فان لم یعلما قدر ما لکل منهما إصطلحا ، و لافسخ لامکان التسلیم ، وکذا لو اشتری طعاما فامتزج بطعام البایع قبل القبض فله الفسخ ولعله أراد الانفساخ من قوله لافسخ ، ای لایتوهم ذلك لعدم القدرة علی التسلیم ، لامکانه ولو بتسلیم الجمیع ، فلاینافی حینئذ ماذکره أخیراً من أن له الفسخ بالتعیب بالشرکة قبل القبض . فتأمل جیدا.

فلاریب حینئذ فی قوة ماذکرناه أولا ،وأضعف من ذلك احتمال کون الجمیع للمشتری لصدق عدم التأبیر ؛ ولم أجده لاحد من أصحابنا نعم فی جامع المقاصد أنه ربما ظهر من عبارة التذکرة ـ وهو مع ضعفه ـ یمکن منع ظهورهافیه . فلاحظ وتأمل.

الفرع ﴿الثانی﴾ قدعرفت أن ﴿تبقیة الثمرة علی الاصول﴾ إلی بدوّ الصلاح مستحقة لمالکها مجانا ، ولو مع الضرر الیسیر ، للاصول بایعاکان أو مشتریا ، ولکن بعدأن لم یکن لهامقدر شرعا ﴿یرجع﴾ إلیه کان المرجع ﴿ فیها إلی العادة فی تلك الشجرة﴾ کما فی نظائره خصوصا فی نحو المقام الذی مبناه حدیث الضرار(۱) ونحوه ﴿ فماکان﴾ من الشجر حینئذ ﴿یخترف﴾ ویجتنی ﴿بسرا﴾ ینبغی أن ﴿یقتصر علی بلوغه ﴾ وانتهاء حلاوته ﴿وماکان لایخترف فی العادة إلا رطبافکذلك﴾ وما یوخذ تمراً فالی أن ینشف نشافاتاماً ، وهکذا . و مع اضطراب العادة یرجع إلی الاغلب فیها ، ومع التساوی یحتمل الحمل علی الاقل ، إقتصاراً فیماخالف أصل تسلط

---

(۱) الوسائل الباب ۱۷ من ابواب الخیار الحدیث ۳-۲

المشتري على ملكه - ومنع غيره من الانتفاع به - علـى المتيقن والاكثر لثبوت أصل الحق ، فيستصحب الى أن يثبت المزيل ، و وجوب التعيين للاختلاف المؤدى الى الجهالة ، وتسمع فى باب الثمار تتمة لهذا . انشاءالله تعالى .

ولو اتفق في التبقية الضرر الكثير على مشترى الاصول ، فالا قرب - كما في القواعد وجامع المقاصد - جوازالقطع . فله اجباره عليه كما عن المختلف و الدروس وحواشي الشهيد و غيرها ، لوجوب التسليم مفرغا عليه ، ولنفي الضرر . و لايقدح رضاه بالعقد المقتضى للتبقية بعد تنزيله على الغالب من عدم الضرر الكثير ، بل في الاول النظر في دفع الارش ، للاصل بعدأن كان القطع مستحقا ، بل عن الدروس الجزم بعدمه له أولا ؛ وان كان فيه من الضعف مالايخفى . للمنع من جواز القطع بلاارش ، ولعدم زوال الضرر بالضرر ، ولانه نقص دخل على مال غيره لنفعه . نعم قد يحتمل البقاء بالارش ، والاولى مراعات أكثرهما ضررا ، ومع التساوى والتشاح القرعة.

ومن ذلك يعلم مافى التذكرة من أنه لايجب القطع مع خوف الضرر على الاصل وانكان كثيرا على اشكال ، وماعن التحرير من عدم الترجيح ، بل عنها في موضع آخر والمبسوط وعميدالدين الجزم بعدم القطع وان كثر الضرر ، بل ربما احتمل في عبارة المبسوط ذلك وان أدّى الى تلف الاصول ، وفيه مالايخفى .

الفرع ﴿الثالث يجوز﴾ ال ﴿سقى﴾ لذى ﴿الثمرة﴾ لصلاحها لانه من حقوقها المستحقة له باستحقاق تبقيتها ﴿و﴾ سقى ﴿الاصول﴾ كذلك اصاحبها ﴿فـان امتنع أحدهما﴾ فمنع الاخر من السقى ﴿أجبر الممتنع﴾ لعدم تسلطه على منع تصـرف الاخر لصلاح ماله . نعم لو تضرر امعا منعامنه. ﴿فان كان السقي يضر أحدهما﴾ بالفعل و الاخر بالترك ﴿رجحنا مصلحة المبتاع﴾ - كما عن الفاضل و الشهيدين ، بل نسبه ثانيهما الى الاشهر ، لأن البايع هو الذى أدخل الضرر على نفسه بتسليطه عليه.

ويحتمل البايع كما فى الدروس لسبق تعلق حقه الذى لايزيله تسليط المشتري،

وقد يحتمل بل لعله الأقوى مراعاة أكثر هما ضررا ، ومع التساوى القرعه ، إلا أنه على كل حال ينبغى بذل الارش للمتضرر منهما جمعا بين الحقين ، خلافا لظاهر المتن وغيره من التقديم مجاناً ، و أما احتمال جواز فسخ العقد ـ بينهما مع التشاح كما حكاه فى المسالك عن بعض الاصحاب ، وغيره عن المبسوط ـ ففى غاية الضعف لعدم المقتضى له ، وعليه لايسقط البحث ، لانه يمكن فرض المسالة فيما لاخيار فيه من العقود أو غيرها وكيف كان فليسق من تقدم فيه ﴿ لكن لايزيد عن قدر الحاجة فان اختلفا فيها رجعا إلى أهل الخبرة ﴾ كما فى غير المقام .

الفرع ﴿الرابع : ألاحجار المخلوقة فى الارض والمعادن تدخل﴾ عرفا ﴿فى بيع الارض﴾ بلا خلاف أجده فيهما ، مماعدا ثاني الشهيدين ﴿لانهما من أجزائها و﴾ لكن قال المصنف ﴿ فيه تردد ﴾ مما سمعت ، و من عدم صدق اسمها على الحجارة عرفا ، وخروج المعادن عن الحقيقة ، و عدم دلالتها عليها بأحد الدلالات الثلاث . و في المسالك «أن الاقوى ، دخول الحجارة ، دون المعادن ، لان الحجارة من الاجزاء بخلاف المعادن الخارجة عن الحقيقة والطبيعة » و الاقوى عدم الفرق ، إذ لاريب أن أرض المعدن قطعة من الارض المخصوصة ، لها خصوصية فتدخل فى بيعها ، و أضعف من ذلك ، احتمال الخروج فى الاحجار .

نعم هو كذلك فى الاحجار المدفونة فيها كما فى التذكرة والقواعد والدروس وغيرها ، لتميزها ، وكونها كالكنوز ونحوها من الامور المودعة فيها للنقل ولكن للمشتري حينئذ أمره بالمبادرة باخراجها ، لتفريغ ملكه ، وإن لم يكن عليه ضرر فى الابقاء ، ولا أجرة له مدة الاخراج و إن كان كثيرا ، واحتمله فى التذكرة بعد اختيار اللزوم ، فان الظاهر ثبوت الخيار له إذا لم يكن عالما ، وفات ما يعتد به من المنافع مدة الاخراج أو نقصت العين ، و لو بذل له الدفين لم يجب عليه القبول ، كما أن له الخيار فى الاحجار المخلوقة فيها اذا كانت مانعة من الغرس والزرع ولم يكن عالما بها وان قلنا بدخولها فى ملكه و الظاهر انه

لاخيار للبايع لوظهر فيها صفة زائدة على وصفها ، كما لوظهرت مصنعا أو معصرة للزيت أو العنب او نحوهما ، لدخولها في ملك المشتري على كل حال، خلافا للمسالك ، فخيّره، ونحوه ياتي في المعدن ، بناء على دخوله وعدم علم البايع به.

وبه جزم في الدروس قال : « ويدخل المعدن على الاقرب ، فلو جهله البايع تخير ، وكذا البئر والعين وماؤهما ، ولوظهر فيها مصنع أوصخرة عظيمة معدة لعصر الزيتون أو العنب فكذلك ، وللبايع الخيار مع عدم العلم ، والحجارة المخلوقة تدخل» قلت : قد يمنع دخول الاخيرين في ملك المشتري إذا لم يكونا مخلوقين فيها ، و خيار البايع إذا كانا كذلك كما عرفت، لانها على الاول كالمدفونة التي اعترف بعدم دخولها وعلى الثاني داخلة في بيع الارض كيف ما كانت ، بل قد يمنع الدخول في سابقيهما ، لعدم تناول اسم الارض لهما ، والغرض عدم كونهما من التوابع لها ، والا لم يتسلط البايع على الخيار إذا لم يكن عالماً ، كما أنه لا تسلط له مع فرض الدخول في الارض ولو بالقصد الاجمالي . فتأمل جيدا . والله اعلم .

«النظر الثالث في التسليم»

لاخلاف في أن « إطلاق العقد » وتجريده عن اشتراط التاخير « يقتضي» «وجوب تسليم المبيع والثمن» عرفا فيتبعه الوجوب شرعا ، لعموم قوله تعالي (١) «أوفوا» وغيره بل الظاهر ذلك ، وإن لم يطالب كل منهما الاخر بذلك ، فلا يجوز لأحدهما التاخير الا برضاء الاخر ، ضرورة أنه بتمام العقد ، يتم ملك كل منهما للعوض ، فابقاؤه في اليد محتاج إلى الاذن . نعم الظاهر باعتبار كون العقد عقد معاوضة ، ـ وجوب التقابض معاً دفعة ، كما أنه حصلا لهما الملك به كذلك.

(١) سورة المائدة الاية ١

﴿فإن امتنعا﴾ معاً عنه عصياناً و﴿أجبرا﴾ على التقابض، كما في كل ممتنع عما وجب عليه، ﴿ولو امتنع أحدهما أجبر الممتنع﴾ خاصة، لاختصاصه بالعصيان، وكان للآخر حبس العوض حتى يجبر الآخر على التقابض، كل ذلك لتساوي الحقين في وجوب إيصال كل منهما المال إلى مالكه، ولا رجحان لأحدهما على الآخر بالتقدم، ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في محكي عن خلافه ومبسوطه، وابن زهرة والقاضي والحلي على ما حكي عنهما: ﴿يجبر البايع أولا﴾ إذا تمانعا، وهو أحد أقوال الشافعي، لأن الثمن تابع للمبيع، ولأنه بتسليمه يستقر البيع ويتم، إذ لو تلف قبل القبض كان من مال البايع وينفسخ العقد.

﴿و﴾ لاريب أن ﴿الأول أشبه﴾ بأصول المذهب، بل لا أجد فيه خلافاً بين المتاخرين ﴿سواء كان الثمن عيناً أو ديناً﴾ لاستواء العقد في إفادة الملك لهما، و تبعية الثمن للمبيع على وجه يقتضي ذلك، ممنوعة كمنع اقتضاء الثاني له، بل لعل ماعن أبي حنيفة ومالك والشافعي - من القول الآخر له، وهو العكس إي يجبر المشتري على تسليم الثمن - أولى منه، لأن حقه متعين في المبيع، فيؤمر بدفع الثمن ليتعين حق البايع، فان للبايع حقاً آخر، وهو التسلط على الخيار بعد الثلاثة وقد يفوته ذلك بالقبض

وأولى منهما معاً القول الثالث للشافعي وهو لا يجبران معاً، لكن يمنعان من التخاصم، فان سلم أحدهما ما عليه، أجبر الآخر، وكأنه لحظ أن الوجوب على كل منهما مشروط بعدم امتناع الاخر فاذا امتنعا معا إرتفع الوجوب عنهما، فلا عصيان من أحدهما حتى يجبرهما الحاكم، لكن قد عرفت أن وجوب التقابض عليهما مطلق غير مشروط بشيء ولا ينافيه جواز الامتناع لأحدهما، إذا عصى الآخر في عدم التقابض.

والرابع له أيضاً أنهما يجبران معاً وهو المختار، لكن أقواله الأربعة إذا كان الثمن في الذمة فان كان معينة فقولان له خاصة، عدم الاجبار وبه قال أحمد للشبهة السابقة، والاجبار لهما، وقد عرفت أنه الاقوى على كل حال، ومن ذلك كله ظهر لك أن المراد

بوجوب التسليم على كل منهما التقابض ، وإلا فيجوز لأحدهما الامتناع عن التسليم، إن سبقه الآخر بالامتناع ،كما هو مقتضى المعاوضة ، والمعلوم من بناء المتعاقدين ،بل إطلاق العقد بالنسبة إلى ذلك كالتصريح به .

لكن عن الاردبيلي بعد أن حكى عن الأكثر أنّه إنما يجب عليهما معاً الدفع بعد أخذ العوض ، ويجوز لكل المنع حتى يقبض -أشكله بعدم النص،وثبوت الإنتقال بالعقد يقتضي وجوب الدفع على كل واحد منهما عند طلب الآخر،وعدم جواز الحبس حتى يقبض حقه ، وجواز الاخذ لكل حقه من غير إذن الاخر،لان ذلك هو مقتضى الملك،ومنع احدهما حق الاخر وظلمه لايجوز الظلم للآخر ومنعه حقه ، واستجوده المحدث البحراني ، لكن قال : إن في فهم ذلك من عباراتهم في هذا المقام إشكالا ، إذ غاية مايفهم منها أن إطلاق العقد يقتضي وجوب تسليم المبيع والثمن، فالواجب حينئذ على كل منهما التسليم من غير أولوية تقديم ، خلافا للشيخ.

فالغرض بيان تساويهما في وجوب التسليم ردّا على ما سمعته من الشيخ ، وأين هذا من المعنى الذى ذكره وأشكله ، قلت : لاينبغي التامل فى أن المفهوم من عبارات الاصحاب أن لاحدهما الامتناع بعد امتناع الاخر ، و أن بناء المعاوضة على ذلك ، وهو المراد مما في الدروس من أن حكم العقد تقابض العوضين ، إلى أن قال : «فإن تنازعا في التقدم تقابضا» ونحوها غيرها الا ان الوجوب على كل منهما مستقل على كل حال وأن المالين بمنزلة الوديعتين فليس لاحدهما الامتناع عن التسليم مع عدم إرادة المقاصة مثلا بعد امتناع الاخر.

ومن ذلك يظهر أنه لاوجه لاشكال الاردبيلي بعد الفهم العرفي من إطلاق العقد ، وفتاوى الاصحاب - بعد الاغضاء عما نقله عنهم -مما حاصله يرجع إلى ماذكرناه في القول الثالث للشافعي، وربما حكي عن بعض الفسخ أو بعد الخلاف؛وحينئذ يكون على وفق المشهور. فتأمل جيدا . فإن المقام لايخلو من دقة .

وربما ظهر منه أيضاً أن وجوب التسليم الذى اقتضاه العقد بعد الطلب ، فلاتجب حينئذ قبله ، وفيه أن ظاهر الاصحاب ماقدمناه سابقا من اقتضاء إطلاق العقد وجوب

التسليم ،كما أن العرف والقواعد الشرعيه كذلك أيضاً ، فالتاخير يحتاج إلى الاذن لا الدفع فلاحظ وتأمل جيداً فيه وفي أن حق الحبس حيث يكون لاحدهما حق متعلق بالعين فيأثم حينئذ بالقبض بغير إذن ، وساير تصرفاته فيها وإن لم يضمن له قيمة المنافع للملك بالعقد ، أو أنه لا تعلق له بالعين ، بمعنى، أن الإثم يحصل بالقهر على القبض خاصة ، وأما التصرف في العين فلا إثم فيه ، وجهان لم أقف على تنقيح لاحدهما في كلام الاصحاب .

والذي يناسب الإرفاق وحديث الضرار (١) الاول ، فلا تصح الصّلوة فيه مثلا ، كما أنّه لم أقف على تنقيح في كلامهم ، لكون الاثم يحصل بالقبض بلا إذن ؛ أو أنه مع المنع خاصة ، مع أن الوجهين قائمان فيه ايضاً ؛ ﴿و﴾ المناسبة المذكورة لأولهما ايضاً . هذا كله مع عدم الشرط لا معه .

ف ﴿لو اشترط البايع﴾ خاصة ﴿تأخير التسليم﴾ للمثمن ﴿إلى مدّة معينة جاز﴾ سواء كان كليا في الذمة أو عينا مشخصة ، للعموم الذي مقتضاه عدم استحقاق التسليم عليه ﴿كما لو اشترط المشتري تاخير الثمن﴾ ولو اشترطا معاً جاز أيضاً إذا لم يكن كل من الثمن والثمن كليا في الذمة ، والا كان من بيع الكالي بالكالي كما في الدروس ، وتسمع انشاالله تعالى تحقيق الحال في ذلك ايضاً ، وليس لغير مشترط التاخير الامتناع عن التسليم حينئذ ، لبقاء اقتضاء العقد بالنسبة إليه سالما كما هو واضح ولو فرض إتحاد الاجل منهما ؛ ففي بقاء حكم ما اقتضاه العقد من التقابض بعد حلول الاجل وجهان: ولو كان الشرط لاحدهما ، فلم يقبض العوض حتى حل الاجل ، ففي عود حكم التقابض إشكال ، أقواه العدم ، لعدم إطلاق للعقد يقبضه بعد أن كان مستحقا التقدم التسليم على الآخر ولو كان الثمن تدريجيا كعمل من المشترى ، فالظاهر عدم اعتبار التقابض لعدمه ، بل الواجب دفع المبيع كما لو كان الثمن نسيئة .

نعم لو كان منفعة عين مملوكة ،كدابة أودار أمكن اعتباره بدفع العين ذات

المنفعة . فتامل .فإنه قد ينافيه كلامهم في كتاب الاجارة . ثم إن الشرائط التابعة للثمن والمثمن تتبعهما أيضاً في اعتبار التقابض لاتحاد إقتضاء الإطلاق في الجميع . نعم اوفرض خروجهما عن ذلك ، أمكن دعوى عدم إقتضاء الاطلاق التقابض وإن استحق كل منهما على الاخر ، نحو الوديعتين ، فليس لاحدهما الحبس بامتناع الأخر ،كما في بعض الشروط في النكاح التي يراد منها أصل الا ستحقاق ، لا معنى المعاوضة الملحوظ فيها التقابض . فتأمل . والظاهر أن حق الحبس ثابت بالامتناع من بعض العوض بل الظاهر عدم وجوب التقابض على النسبة لانه خلاف مقتضى العقد ، مع احتماله فيما يتحقق منه . والله العالم .

﴿وكذا﴾ يجوز ﴿لو اشترط البايع﴾ مثلا ﴿ سكنى الدار أو ركوب الدابة مدة معينة كان أيضاً جائزا﴾ بلاخلاف ولا اشكال في أصل جواز ذلك ، وظاهر المصنف عدم استحقاق التسليم عليه حينئذ ، ولعله لاقتضاء العرف ، وإلافلامنافاة بين استحقاق الركوب والسكنى ، ووجوب التقابض ، ﴿و﴾ لكن البحث فيما يتحقق به ﴿القبض﴾ الذي يتوقف عليه الصحة في بعض العقود ، ويرتفع به ضمان البايع وخياره بعد الثلاثة في بعض الاحوال ، والحرمة أوالكراهة في بيع مالم يقبض ، الى غير ذلك من الاحكام المترتبة في البيع وغيره وهو في النهاية الأثيرية :القبض بجميع الكف ومحكي المصباح المنير : ألاخذ . وفي الرياض عن جماعة من أهل اللغة : أنه القبض باليد . و فيه في غيره أنه في العرف كذلك ايضاً.

لكن ذلك لايوافق ماعند الاصحاب ، إذ قيل : أنه ﴿التخلية﴾ مطلقا ﴿ سواء كان المبيع ممالاينقل كالعقار ، أومما ينقل ويحول كالثوب والجوهر والدابة ، وقيل فيما ينقل ، القبض باليد ، أوالكيل فيما يكال ،أو الانتقال به في الحيوان ﴾ وقريب منه مافي المحكي عن المبسوط ، بل لعله هو الذي أراده ، وإن كان لم يحكه بتمامه قال فيه على مافي المختلف : «أنه التخلية فيما لاينقل و يحول . وأما فيه فإن كان مثل الدراهم والدنانير والجوهر ومايتناول باليد ، فهو التناول ، و إن كان حيوانا

كالعبد والبهيمة ، فالقبض في الاول أن يقيمه في مكان آخر ، و في الثاني أن يمشي بها إلى مكان آخر ، وإن كان اشتراه جزافاً ، فالقبض أن ينقله من مكانه ، وإن كان مكايلة فالقبض أن يكيله » قال : وتبعه ابن البراج وابن حمزة.

و قيل : أنه التخلية فيما لا ينقل ، و في المنقول نقله ، و اختاره أبو المكارم مدعيا عليه الاجماع ، وتبعه الشهيدان في اللمعة والروضة ، و في الدروس « في غير المنقول التخلية بعد رفع اليد ، و في الحيوان نقله » وفي المعتبر « كيله أو وزنه ، أو عدّه ، أو نقله ، وفي الثوب وضعه في اليد » قال : وقيل : التخلية مطلقا ، ولا بأس به في نقل الضمان ، لا في زوال التحريم أو الكراهة عن البيع قبل القبض .

نعم لو خلى بينه وبين المكيل فامتنع حتى يكتاله ، لم ينتقل إليه الضمان وفي المختلف «أنه إن كان منقولا فالقبض فيه هو النقل أو الاخذ باليد ، و إن كان مكيلا أو موزونا فقبضه هو ذلك أو الكيل أو الوزن ، وإن لم يكن منقولا فالتخلية ، وفي التحرير «الاقرب عندي أن القبض : الكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن ، و القبض باليد فيما ينقل ويحول ، والنقل في الحيوان ، والتخلية فيما لا ينقل ويحول و منه الثمرة على رؤس النخل » و في المسالك «التخلية في غير المنقول ، و فيه إستقلال اليد عليه ، سواء نقله أم لا ، وفي المكيل والموزون كيلهما ووزنهما » إلى غير ذلك من الاقوال المتفقة ، على أنه التخلية في غير المنقول ، و اختلافها إنما هو في المنقول ، ومرجعها مع ملاحظة ساير القيود إلى سبعة ، كما أن منشأها منحصر في دعوى العرف .

وصحيح معاوية بن وهب (١) «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه ؛ فقال : مالم يكن كيل أو وزن ، فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن

---

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام العقود الحديث ١١

توليه » وخبر عقبة بن خالد (١) عن الصادق عليه السلام «في رجل اشترى متاعا و أوجبه ، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتيك غداً إنشاءالله ، فسرق المتاع من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته ، حتى يقبض المتاع و يخرجه من بيته ، فاذا أخرجه من بيته ، فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه »

فبين جامع بين مضمونهما والعرف ، وبين مقتصر على الثاني ؛لضعف سند الثاني منهما، واعتباره الاخراج المخالف للاجماع، وارادة النقل منه ليس بأولى من ارادة التخلية أو الاستيلاء أو نحو ذلك ، ولا تصريح في الاول بأن الكيل قبض ، و يمكن ارادة النهي عن بيعه قبل كيله ووزنه ، وإن تحقق القبض فيه بالنقل ، ولعل الاكتفاء به في جواب السؤال عن البيع قبل القبض ، لاستلزامه حصول القبض مع زيادة الاعتبار المزبور ، فالمراد حينئذ أن اشتراط ذلك في بيعه مستلزم لحصول القبض ، وفرض حصوله أي الاعتبار بدونه نادر لا ينافي الاطلاقات ، فانحصر الأمر حينئذ في اللغة .

لكن قد عرفت أن ما فيها لا يوافق ما أجمع عليه الاصحاب في غير المنقول ، والذي يقوي في النفس ، أن المراد به في جميع المقامات التي إعتبره الشارع في صحتها أو لزومها أو غيرهما من الأحكام ، تحويل السلطنة العرفية من المنقول منه إلى المنقول اليه ، سواء حصل له السلطنة الشرعية قبله بالعقد ، كما في البيع ونحوه ، أولا كالوقف والهبة ونحوهما .

ولا ريب في حصولها بالتخلية في غير المنقول ؛ بمعنى رفع المنافيات للمنقول اليه مع رفع يد الناقل والاذن منه ، ضرورة صيرورته بذلك كالناقل في قبضه لعقاره ولا يحتاج حينئذ وصول المنقول اليه بنفسه او وكيله الى المنقول او تصرفه فيه بل لا يحتاج الى مضي زمان و ان كان بعيدا عن المنقول اليه ، لصدقها بدونه قطعا ، كصدق دخوله في قبضته واستيلائه وتحت يده بذلك كالمنقول منه ؛ و ليس الاذن المزبورة

---

(١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الخيار الحديث ١

لتوقف جواز قبض المشتري للمبيع عليها ،كي يرد أنه لادليل عليه بعدأن ملكه بالعقد بل لتوقف تحقق التخلية المعتبرة فى حصول السلطنة العرفية فى مثله عليها ، و إلا فالاقوى عدم اعتبار الاذن فيماكان قبضه بغير التخلية ، حيث لايكون له الحبس لتسلم الثمن أو المثمن .

نعم هى معتبرة حيث يكون له ذلك ، على الوجه الذى عرفته سابقا ، وكذا لاريب فى حصولها فى غير المنقول بالاستيلاء على العين استيلاء يستطيع به النقل و الأخذ وغيرهما من أحوال المالك ، من غير حاجة إلى وقوع ذلك منه فعلا ، ضرورة صدق تحقق المراد من القبض بطرح العين بين يدي المنقول إليه على وجه يتمكن من الفعل فيها كيف شاء نقلا وأخذا و نحوهما ، إذليست أمواله التى بيده و يصدق عليها أنها مقبوضة له وتحت قبضته وفى يده إلاكذلك ، من غير حاجة إلى المماسة والتصرف الحسيين ، وليس ذاكالتخلية المزبورة فى غير المنقول ، إذمن الواضح الفرق بين تحقق السلطنتين عرفا فى ذلك ، فان أرادالقائل بالتخلية مطلقا ما يشمل ذلك ، بدعوى انها فى المنقول غيرها فى غيره فمرحبا بالوفاق كما انه إن كان المراد بما فى المسالك ذلك أختص البحث معه حينئذ فى خصوص القبض فى المكيل والموزون ، لكن فى كلامه بعدذلك ماينافى حمله على ماذكرناه ، بل فيه مايقضى بالتشكيك فى اعتبار القبض فى المكيل والموزون بالكيل والوزن .

قال : «التحقيق أن الخبر الصحيح(١) دل على النهي عن بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما ، لا على أن القبض لايتحقق بدونهما ، وكون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لاينافى ذلك ، لان الاعتبار بهما قبض وزيادة ، فلو قيل بالاكتفاء فى نقل الضمان فيهما بالنقل ، عملا بمقتضى العرف والخبر الاخر (٢) وبتوقف البيع ثانيا على الكيل والوزن ، أمكن إن لم يكن إحداث قول فى المسالة » إنتهى فتأمل

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب احكام العقود الحديث ١١

(٢) الوسائل - الباب ١٠ من ابواب الخيار الحديث ١

جيداً ، فان كلامه لايخلو من اضطراب في الجملة ،كالفاضل في الرياض.

والتحقيق ماعرفت ، وليس مرادنا حصر مصداق القبض بماذكرنا ، بل المراد عدم اعتبار القبض باليد أوالنقل حسا و لوكان المبيع بيد المشترى قبل الابتياع ، ففى المسالك «إن كان بغير إذن البايع ، فلا بد من تجديد الاذن في تحققه ، أي القبض بالنسبة إلى رفع التحريم أوالكراهة ، وأمابالنسبة إلى نقل الضمان فيحتمل قوياً تحققه بدونه ،كمالو قبضه بعده بغير إذن البايع » قال : «ويحتمل توقف الامرين على تجديده ، لفساد الاول شرعا ، فلايترتب عليه أثره ، ولوكان باذنه كالوديعة و العارية ، لم يفتقر إلى تجديد إذن ولا تخلية » . وفيه أنه لاوجه لاعتبار الاذن في المنقول ، حيث لايكون له الحبس ،كما لوباعه بثمن في ذمة البايع مثلا ، لانتقاله إلى ملكه بالعقد ، والفرض أنه في يده وفي قبضته وكون اليد سابقا عدوانا لاينافي انتقال استمرارها إلى غير العدوان ، وليس ذاكالقبض المتوقف صحة العقد عليه ، فان اعتبار الاذن في ذلك مطلقا متجه ، بخلاف المقام المتجه فيه على الظاهر عدم الفرق .

نعم لايبعد بقاء حق الحبس له إذا لم يكن الثمن واصلا إليه ، فيحرم عليه التصرف ، بناء على اقتضائه ذلك ، ويبقى له الخيار بعدالثلاثة ، أما انتقال الضمان ، وزوال الحرمة أو الكراهة ، فالوجه تحققهما به ، لصدقه ، ودعوى ارادة الصحيح منه - بدعوى أنه يشترط فيه شرعا الاذن وبذلك ينقسم حينئذ إلى الصحيح والفاسد - دعوى في دعوى لاشاهد على شيء منهما ، خصوصا مع أن الاصل ضمان المشترى . فتامل.

ولوكان المبيع مشغولا بملك البايع ، فان كان منقولا كالصندوق المشتمل على أمتعة البايع ،كفى في قبضه على المختار حصول تلك السلطنة عليه و لو قبل تفريغه . بل لو اعتبرنا نقله ، و نقله المشتري بالامتعة كفى في نقل الضمان وغيره

حتى مع عدم إذن البايع فى نقل الامتعة ، بعد أن يكون آذنا فى المبيع ، أوكانت إذنه غير معتبرة لوصول الثمن إليه ، إذ الاثم فى ذلك لاينافى صحة القبض ، و ترتب أحكامه عليه ، واحتمل فى المسالك توقفه ـ فضلا عن غيره من أحكام القبض ـ على إذن البايع فى نقل الامتعة ، وفيه من الضعف مالايخفى .

وإن كان غير منقول فلاريب فى تحقق التخلية قبل نقل الامتعة ، فيكتفى بها ، واحتمل فى المسالك عدم الاكتفاء بها قبل النقل أيضاً وهو أضعف من سابقه .

ولوكان المبيع مشتركا بين الناقل وغيره ففى المسالك «إنه على ما اخترناه إن كان منقولا فلابد من إذن الشريك فى تحقق القبض لتوقفه على اثبات اليد والتصرف فى حصة الشريك» الى ان قال فان «أذن الشريك والا نصب الحاكم من يقبضه أجمع ، بعضه أمانة وبعضه لأجل البيع » و اختار العلامة فى المختلف الاكتفاء حينئذ بالتخلية ، لان المانع الشرعي من النقل كالمانع العقلي فى العقار ، ذكر ذلك فى باب الهبة ، والحكم واحد بل فيها أقوى .

قلت الظاهر تحقق القبض بنقله و قبضه و إن كان عصيانا ، لما عرفت من أن الاثم فى ذلك لاينافى تحقق القبض عرفاً ، بل وشرعاً ، بل قد يقال : بتحققه و إن لم يحصل له النقل الحسى ، بل بمجرد حصول سلطنة البايع له وهي تامة ، و المنع من جهة الشريك أمر خارجى عنها لاينافى تسلط المشتري على ذلك كتسلط البايع ، وحينئذ يرفع أمره إلى الحاكم فى استيفاء المنفعة مع التشاح ، وأولى من ذلك غير المنقول الذي يكتفى فيه بالتخلية ، واستجوده فى المسالك بعد أن احتمل التوقف على الاذن ايضاً ، قال : «لأن حقيقة قبض ماهذا شأنه رفع يد المالك وتخلية المشتري بينه و بينه ، وهذا لا يقتضي التصرف فى مال الشريك» ثم قال : «ووجه الاشتراط أن وضع اليد والتسليط على التصرف لا يمكن بدون التصرف فى حصّة الشريك» قلت: هو كما ترى بعد عدم اعتبار مثل ذلك فى التخلية التى يكفى فيها رفع المانع عرفاً وشرعاً من قبل البايع.

ومن ذلك ظهر لك الحال فيما لو كان المبيع مختصا بالبايع ، أومشتركا بينه وبين

غيره او المشتري ، إذ المدار عندنا على حصول تلك السلطنة المزبورة ؛ والاستيلاء المذكور وفي المسالك «أنه ان كان في مكان لا يختص بالبايع ، كفى في المنقول نقله من حيّز إلى آخر ، وإن كان في موضع يختص به ، فإن نقله فيه من مكان إلى آخر بإذنه كفى أيضاً ؛ وإن كان بغير إذنه كفى في نقل الضمان خاصّة كما مرّ ، ولو اشترى المحل معه كفت التخلية في البقعة ، وفيه وجهان أصحّهما الافتقار إلى النقل ، كما لو انفرد بالبيع، ولو أحضره البايع ، فقال له المشتري ضعه فعل تمّ القبض لأن البايع حينئذ كالوكيل فيه ، وإن لم يقل شيئا ، أو قال لا أريده ففي وقوعه بذلك وجهان ، وينبغي الاكتفاء به في نقل الضمان ، كالوضع المغصوب بين يدي المالك دون غيره».

وأنت إذا أحطت خبراً بما ذكرناه لا يخفى عليك مواقع النظر من هذا الكلام . كما أنّه لا يخفى عليك ما في قول المصنف ﴿والأوّل﴾ من الأقوال الذى لم نعرف قائلا به قبله ﴿أشبه﴾ وإن استدل له ـ بعد دعوى العرف ـ بأنه استعمل فيها إجماعا فيما لا ينقل ويحول ، فيجب أن يكون كذلك في غيره ، ويكون حقيقة في المعنى المشترك، إذ لو استعمل في المنقول بمعنى آخر لكان إمّا حقيقة فيهما ، فيلزم الاشتراك، أو مجازا في الاخر فيلزم المجاز ، وكلاهما على خلاف الأصل. ونظر فيه في الرياض «بوجوب المصير إلى أحدهما ؛ بعد قيام الدليل عليه ، مع أن استعمال القبض في التخلية في المنقول ، خلاف المفهوم والمتبادر منه في العرف واللغة ، بل المتبادر منه عرفاً عند الإطلاق هو القبض باليد ؛ وبه صرّح جماعة من أهل اللغة ، فاللازم الاقتصار عليه ، إلّا ما قام الاجماع على إرادة التخلية منه ، وهو إنّما يكون في غير المنقول خاصة، وكذا لا يجب اعتبار شيء زائد عليه من النقل ، إلّا ما قام الدليل على اعتباره فيعتبر إن تم . فتأمل جيدا . ومع ذلك يردّه المعتبرة(١) فلا وجه لهذا القول أصلا».

قلت : قد عرفت أنّه يمكن إرادة المعنى الشامل للتخلية و غيرها من القبض ،

---

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الخيار الحديث ١

وهو السلطنة العرفية ، بل ظاهر الأصحاب أن المذكورات أفراد للقبض ، لامعان ، فلاحاجة حينئذ إلى ارتكاب دعوى الاشتراك أو المجاز ، للدليل، كما أنك عرفت إمكان إرادة القائل بالتخلية ماقلناه ، وحينئذ دعوى منافاته للعرف كما ترى، ولوسلم فالمراد شرعاً لايزيد على ذلك قطعاً ، بل قد يحتمل إرادة ذلك من القبض باليد والنقل فى عبارات الأصحاب، ضرورة عدم الاجتزاء بذلك مع عدم حصول السلطنة به ، فهو كناية عماذكرنا ، لغلبة حصولها معه .

والمعتبرة قد عرفت الحال فيها ، إذ هي الخبران المزبوران(۱) خاصة الذى على تقدير القول بالاوّل منهما ، قال فى المسالك : «لايخلو المبيع إما أن يكون قد كيل قبل البيع ووزن ؛ أولا بأن أخبر البايع المشتري بكيله أووزنه ، أوباعه قدراً منه معيناً من صبرة مشتملة عليه ، فان كان الاخير فلابد في تحقق قبضه من كيله أووزنه ، للنص المزبور، وإن كان الاوّل ففى الافتقار إلى اعتباره ثانيا لاجل القبض، أوالاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان ، من إطلاق توقف الحكم على الكيل والوزن وقد حصلا ، وقوله عليه السلام « لاتبعه حتى تكيله او تزنه » لايدل على أزيد من حصولهما الشامل لماكان قبل البيع .

ومن كون الظاهر ذلك لاجل القبض ، لالأجل صحّة البيع ، فلابدّ له من اعتبار جديد بعد العقد ، وبه صرّح العلامة والشهيد وجماعة ، وهو أقوى ، ويدل عليه قوله عليه السلام فى الخبر السابق »إلاأن تولية » فان الكيل السّابق شرط لصحة البيع أوماقام مقامه ، فلابدّ منه فى التوليه وغيرها ، ومقتضى قوله عليه السلام « إلاّأن توليه» أنه معها لايتوقف على كيل أووزن ، فدل ذلك على أنهما لأجل القبض لالاجل صحّة البيع .

و أما الثاني فان اكتفينا بالاعتبار الأوّل ؛ فى الأوّل ،كفى الاخبار فيه ، و اختارهما فى التذكرة و إن لم نكتف فى السّابق فى الأول ، لم يكتف حينئذ بالاخبار فى

(۱) الوسائل الباب ۱٦ من ابواب احكام العقود الحديث ۱۱ و باب ۱۰ من ابواب الخيار الحديث ۱

الثاني بطريق أولى .

وقد روى محمد بن حمران (١) قال : «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : إشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنه كاله ، فصدّقناه وأخذناه بكيله ؟ فقال عليه السلام : لا بأس ، فقلت : أيجوز أن أبيعه كما اشتريته بغير كيل ؟ قال : لا ، أما أنت فلا تبعه حتى تكيله» انتهى وفيه أولاً ما عرفت من عدم دلالة النص ، وثانيا أنّه لا ينبغي التأمّل في تحقق القبض في الاوّل ، لو وهبه مثلا ما بقي من الصبرة ، ثم نقل الجميع ، وبه صرّح بعض المحققين ؛ وثالثا أن السيرة القطعية ، بل يمكن دعوى الضرورة على خلاف ماجعله الأقوى كما هو واضح ، خصوصا إذا كاله المشتري قبل الشراء ونقله ، فانّه لاحاجة حينئذ إلى قبض ، لأنّه اشترى ما هو مقبوض له فتأمل جيدا. وستعرف إنشاءالله تحقيق أنّه لافرق فيه ؛ بين البيع تولية وغيره في الكراهة أو الحرمة قبل القبض.

ولعل المراد من خبر محمد بن حمران (٢) أنه لا يباع ثانيا مخبراً بكيله ، على حسب ما أخبر به الاول ، ضرورة ظهور الاخبار في مباشرة المخبر الاعتبار ، والفرض أنّه كذلك ، فهو حينئذ تدليس محرّم ، أو أن المراد به ما يراد من غيره من حرمة بيع المكيل أو الموزون قبل اعتبارهما ، أو كراهته مطلقا ، أو إذا كان طعاما كما ستعرف ذلك في محله ، من غير مدخلية لتحقق معنى القبض ، وإن كان ينافيه ظاهر كلامهم الاتي الذي هو ظاهر في أن المدار على تحقق القبض فلاحظ وتأمل .

وكيف كان فلا ينبغي إلحاق المعدود بالمكيل والموزون ، في أنّه لا يكتفي بعدّه سابقا عن العدّ بعد العقد ، لعدم النص ، وتحقق القبض عرفا بما يتحقق في غيره خلافا للدروس فألحقه فيها ، وهو لا يخلو من وجه ، والتحقيق في ذلك كلّه ما سمعت ، ومنه يعلم الغرابة هنا في بعض ما وقع لبعض الاصحاب . والله أعلم بحقيقة الحال .

---

(١)(٢) الوسائل الباب ٥ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٣

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿إذا تلف المبيع﴾ بآفة سماوية ﴿قبل تسليمه إلى المشتري﴾ وقبل تمكينه منه ، إنفسخ العقد و ﴿كان من مال البايع﴾ وعاد الثمن إلى المشتري بلا خلاف أجده فيه ، بل في التذكرة والدروس حتى لو أبراه المشتري من الضمان كما تقدم البحث فيه ، وفيما لو مكنه منه ، فامتنع من تسلّمه أو أنّه يتركه عند البايع باختياره والظاهر أن إتلاف المشتري بمنزلة القبض ، سواء كان عالما أو جاهلا ، للأصل السالم عن معارضة الخبر (١) المنساق منه غير الفرض ، بقرينة ظهوره في إرادة الإرفاق بالمشتري ، واحتمل الشافعي عدم كونه بمنزلة القبض في الاول ، فضلا عن الثاني ، بل في التذكرة «هذا إذا كان المشتري عالما ، أما إذا كان جاهلا بأن قدّم البايع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله ، فالاقرب أنه ليس قبضاً وأنه كإتلاف البايع» وهو كما ترى .

ولو أتلفه البايع ففي القواعد والدروس وغيرهما أنّه يتخير المشتري ، بين الفسخ وردّ الثمن ، وبين الالتزام ومطالبة البايع بالمثل أو القيمة ، كما لو أتلفه أجنبي ، وعن الشيخ الفرق بينهما ، فجعل الأوّل كالتلف بآفة سماوية ، ووافق على الخيار في الثاني الذي ظاهرهم الإتفاق على الخيار فيه ، لكن قد يحتمل الانفساخ فيهما معا ، عملا باطلاق الخبر (٢) وعدم جواز الاتلاف للبايع - فضلا عن الاجنبي ، لأن ليس له الفسخ فيكون عاديا فيه ، فيترتب عليه المطالبة بما أتلفه - لا ينافي تحقق الانفساخ به ، للخبر المزبور ، وإن كان قد أثم بالفعل ، على أنّه لو فرض عدم تناول الخبر المزبور له ، أشكل ثبوت أصل الخيار له ، بل المتّجه اللزوم ومطالبة البايع أو الاجنبي بالمثل أو القيمة ، وتعذر التسليم على هذا الوجه لم يثبت سببيته للخيار ، و خبر الضرار (٣) يدفعه ما وضعه

(١و٢) الوسائل الباب ١٠ من ابوب الخيار الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣و٥

الشارع من الضمان لمن أتلف مال غيره (١) فتامل جيدا .

و على كل حال فالظاهر عدم جريان حكم المبيع على المثل أو القيمة في التلف من البايع قبل القبض ، بل في جواز حبسها على الثمن إشكال . ولو كان المبيع متعددا فتلف بعضه قبل القبض ، إنفسخ ورجع بقسطه من الثمن بلا خلاف ، بل في التذكرة نسبته إلى كل من أبطل البيع بالاتلاف ، وفيها و في الدروس كان له خيار التبعض في المقبوض ، وفيه نوع تأمل ، لكنه ضعيف ، وأضعف منه احتمال عدم الانفساخ في التالف ، لتعليق الحكم على تلف المبيع الذى لا يصدق إلا بتلف الجميع ، فيبقى حينئذ غيره على الاصل ، فيكون تلفه حينئذ من المشتري ، لانه أمانة في يد البايع ، وتسمع في باب الثمار تتمة لهذا إنشاءالله تعالى .

﴿وكذا إن نقصت قيمته﴾ إي المبيع ﴿بحدث فيه﴾ من الله أو البايع ، أو الاجنبي ﴿كان للمشترى رده﴾ بلا خلاف ، بل في الروضة عن كشف الرموز الاجماع عليه ، ولاصالة صحة العقد ، والضرر بالزامه بقبوله على هذا الحال ـ وقد علم من حكم التلف قبل القبض ارفاق الشارع بالمشترى خاصة دون البايع ـ وجبر ضرره ـ المشابه للانفساخ إنما هو بالخيار .

﴿وفي الارش﴾ مع الالتزام لو كان التعيب من قبل الله كما في المسالك ﴿تردد﴾ ينشأ ـ من أصالة البراءة بعد جبر الضرر بالخيار ، على أنه إذا كان من الله تعيب على ملكه ، لا من قبل أحد ، وهو خيرة الشيخ في المحكى عن مبسوطه و خلافه ، وابن ادريس بل نفي الخلاف فيه في الثاني ، بل ربما ظهر منهم ذلك حتى لو كان من قبل البايع ـ ومن أنه مضمون على البايع بأجمعه ، فكذا أجزائه وصفاته ، واختاره الشيخ في نهايته ، والفاضل والشهيدان ، بل في المختلف حكايته عن ابن براج وأبي الصلاح ، وفيه ان ضمان البايع له بمعنى انفساخ العقد لو تلف ، لا انه يغرم

---

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار ومن اراد الاطلاع على مداركها فليراجع القواعد الفقهية ج٢ للسيد البجنوردي.

المثل اوالقيمه ، ومثله يمنع سريانه للاجزاء ، والالاقتضى إنفساخ العقد في الجزء المقابل له من الثمن ، حتى لو اراد دفع الارش من غيره لم يجب عليه القبول ؛ و لاريب في بطلانه خصوصا على ماهو الظاهر من عدم مقابلة اجزاء الثمن لاجزاء المبيع اللهم إلا ان يدعى ان إعطاء الارش مشابه للرجوع بالثمن في تلف الجميع ، فيستفاد حكمه منه ، لكن الاكتفاء في الحكم الشرعي بمثل ذلك في نحو هذه المسألة الخلافية كما ترى .

نعم لاريب في ثبوت الارش لوكان التعيب من أجنبي ، لعموم من اتلف (١) و الضرورة على عدم هدر جناية الجاني و تناول البايع لها - مع كون المال لغيره - لاوجه له ، فانحصر في المشترى ، لكن الظاهر بناء على ذلك إنما هو تفاوت ما بين القيمتين من غير ملاحظة النسبة إلى الثمن ؛ وإن كان اطلاق لفظ الارش تقتضي ذلك لأنه جزء من الثمن ، ولوكان التعيب من قبل البايع ، فالظاهر التزامه بالأرش ، لنحو ما سمعته في الأجنبى . فيتجه منه ماذكرناه فيه .

اللهم إلا أن يدعى إنفساخ العقد فيما قابل الجزء الفائت من الثمن ، وقد عرفت مافيه ، وقد يناقش في أصل ثبوت الارش على البايع ، بأن الضرر الناشيء منه سلّط المشترى على الخيار ، فكان تزلزل العقد صار عوض جنايته ، فلايستحق معه أرش ، الا أن الاول أقوى . ومن ذلك ظهر أن المشتري يرجع على الاجنبى بالارش حيث يكون التعيب منه كما هو صريح بعضهم ، و ظاهر آخر و ليس له الرجوع على البايع ، باعتبار أنه مضمون عليه كالمغصوب ، و هو في الجملة مؤيد لما ذكرنا من عدم كون العين مضمونة على البايع بالمعنى المزبور . فتأمل جيدا . والله أعلم .

﴿ويتعلق بهذا الباب مسائل﴾

﴿الاولى﴾ : لاخلاف بناء على الملك بالعقد في أنه ﴿إذا حصل للمبيع نماء كا لنتاج أو ثمرة النخل أو ﴾ مافي حكمه ك ﴿اللقطة﴾ للعبد ﴿كان ذلك للمشتري﴾ لأنه من التوابع لملكه ﴿فإن تلف الأصل ﴾ قبل قبضه ﴿سقط الثمن عن المشتري﴾ لانفساخ العقد ﴿وله النماء﴾ لأن التحقيق كون الفسخ من حينه ، لامن اصله ، وليس من ذلك أرش جناية الأجنبي مثلا ، فمتى فسخ بها كانت للبايع ، لأنه عوض جزء عاد إلى ملك المالك كما هو واضح ﴿ولو تلف النماء من غير تفريط ، لم يلزم البايع دركه ﴾ - لأنه امانة في يده ولايجري عليه حكم المبيع ؛ للأصل السالم عن المعارض .

المسألة ﴿الثانية : إذا اختلط المبيع بغيره في يد البايع إختلاطا لايتميز ، فإن دفع الجميع إلى المشتري جاز ﴾ وعن الشيخ انه يجب عليه القبول ، لأنه زاده فضلا ، وفيه منع ، بل الظاهر عدم سقوط الخيار الاتي بالبدل ، كما صرح به في جامع المقاصد والمسالك ﴿وان امتنع البايع قيل﴾ والقائل الشيخ فيما حكي عنه : ﴿ينفسخ البيع ، لتعذر التسليم ﴾ ولانه كالتلف قبل القبض ، وفيه منع واضح إذ أقصاه صيرورته كبيع المشاع . ﴿و﴾ الاقوى ﴿عندي ان المشتري بالخيار ، إنشاء فسخ وان شاء كان شريكا للبايع ، كما إذا اختلطا بعد القبض﴾ فانه لاريب في تحقق الشركة قهراً ، ولافرق في الاختلاط بين كونه من فعل البايع ، اوغيره غير المشتري ولابين كونه بالمماثل أو الاجود أو الاردى .

نعم في المسالك «ينبغي - في الامتزاج بالاجود بغير اختياره - ثبوت الخيار

له، أي البايع أيضاً لتضرره بذلك، مع اختيار المشتري الشركة» وفيه إشكال ينشاء من عدم مراعاة حاله قبل القبض، وإنما هي مختصة بالمشترى، ولذا لو تعيب من قبل الله في يده، تسلط المشتري خاصة على الخيار، وفي الارش ما عرفت، على إن المتجه بناء على ماذكره، ثبوت الخيار له مطلقا، لا في خصوص الاختلاط بالأجود، لأن الشركة مطلقا ضرر عليه أيضاً. فتامل. و حكم الاختلاط بغير مال البايع، حكم الاختلاط بماله. ثم إنه حيث تفتقر القسمة إلى مئونة فهي على البايع، لأن هذا العيب مضمون عليه، والتخليص واجب عليه، لوجوب تسليم المبيع إلى المشتري بعينه

المسألة ﴿الثالثة: لو باع جملة فتلف بعضها﴾ بآفة سماوية ﴿فان كان للتالف قسط من الثمن﴾، لانه لا يبقى مع فواته أصل المبيع، بل بعضه، وضابطه ماكان صالحا للبيع منفردا، إنفسخ العقد فيه، ورجع مايخصّه من الثمن، لصدق تلف المبيع قبل قبضه، وكون الثمن موزعا عليه، و ﴿كان للمشتري فسخ العقد﴾ في الباقي، لتبعّض الصفقة ﴿وله الرّضا بحصّة الموجود من الثمن كبيع عبدين، أو نخلة وفيها ثمرة لم تؤبّر، و إن لم يكن له قسط من الثمن﴾ لبقاء أصل المبيع بفواته، ﴿كان للمشتري الردّ﴾ لما تقدم ﴿أو أخذه بجملة الثمن، كما إذا قطعت يد العبد﴾

وظاهره هنا الجزم بعدم الارش، مع أنه تردّد فيه سابقا، واحتمال تغاير موضوع المسألتين في غاية السقوط، ووجهه ماسمعته من عدم مقابلة الثمن للاجزاء، حتى يفوت ما يخصّها منه بفواتها، فليس إلا الخيار، كما لو فات الوصف الذى صرّح في القواعد وجامع المقاصد والمسالك بعدم الارش فيه، قالا في الاخيرين: « فلو كان العبد كاتباً فنسى الكتابة قبل القبض، فللمشترى الردّ خاصة؛ فإن الفائت ليس بعضاً من المبيع، و من ثم لو شرط كونه كاتبا، فظهر بخلافه لم يستحق سوى الردّ» لكنهما فرّقا بينه وبين الجزء الفائت، كاليد ونحوها، وجزما بعد التردّد بالأرش فيه، معللين له بأن القيمة تزيد بوجوده، وتنقص بعدمه، وفواته من أظهر العيوب وأبينها، وللقطع بأن المبيع

هومجموع بدن العبد ، وقدفات بعضه ، بل صرّح في الاخيرمنهما أن الخيارفيه تبعّض الصفقة ، وأنه كفوات ماله قسط من الثمن من أحد العبدين ونحوه .

وقد عرفت سابقا قوّة القول بعدم الارش في الجزء ، فضلا عن الوصف لوكان الفوات من قبل الله ، أما لوكان من أجنبي فلاريب في ضمان الجناية ، وأن الاقوى كون المضمون تفاوت القيمتين من غير ملاحظة الثمن ، بل وكذا البايع ، وعليه فقديقوى عدم الفرق بين فوات الجزء والوصف ، ضرورة تفاوت القيم بتفاوت الوصف ، بل يمكن التزام مقابلته بالثمن ، بناء على مقابلته الاجزاء . فتأمل جيداً . والله أعلم .

المسألة ﴿الرابعة : يجب تسليم المبيع مفرغا﴾ من أمتعة البايع وغيرها مما لم يدخل في البيع بمعنى وجوب التسليم والتفريغ ﴿فلوكان فيه متاع وجب نقله ، أوزرع قدأحصد ، وجب إزالته﴾ وإن لم يكن قدأحصد ، وجب الصبر إلى أوانه إن اختاره البايع ، ولاأجرة عليه على الظاهر. نعم للمشتري الخيار إذالم يكن عالما بهللضرر. ﴿ولوكان للزرع عروق تضرّ﴾ بالانتفاع ﴿كالقطن والذرّة ، اوكان في الارض حجارة مدفونة ، اوغيرذلك﴾ ممايمنع الانتفاع اوكماله ﴿وجب على البايع إزالته ، وتسوية﴾ الحفر في ﴿الأرض﴾ لوجوب تسليم المبيع إليه متمكنا من الانتفاع به ﴿وكذالوكان فيها دابة ، أوشيء لايخرج ، إلابتغيير شيء من الابنية ؛ وجب إخراجه واصلاح مايستهدم﴾ وفي القواعد وجامع المقاصدوالمسالك والرّوضة ، وجب الارش ويمكن رجوعهما إلى معنى وأحد ، وإن اريد بالارش رجوع جزء من الثمن ،كان فيه بحث يعرف مماتقدم ؛ وله الفسخ مع الجهل بالحال ،كما صرّح به في الجامع والمسالك . ثم إن التفريق وإن كان واجبا ، إلاان القبض لايتوقف عليه ، فلورضي المشتري بتسلّمه مشغولا ، تمّ القبض ، ويجب تفريغه بعده ، وفي جواز الامتناع عن القبض قبله وجه .

المسألة ﴿الخامسة : لوباع شيئاً فغصب من يدالبايع﴾ قبل القبض ﴿فإن أمكن إستعادته في الزمان اليسير ﴾ وجبت و ﴿لم يكن للمشتري الفسخ﴾ ، للأصل السالم

﴿وإلا﴾ يمكن ذلك أصلاً ، أو بعد الزمان الكثير ﴿كان له ذلك﴾ للضرر، وله حينئذ الانتفاع بمالا يتوقف على القبض ،كعتق العبد ونحوه ، وتلفه فـي هذه المدّة من مال البايع ، وإن كان قد رضي المشتري بالصبر، واحتمال أن هذا الرّضا قبض ضعيف ،بل لو تصرف في المبيع ، بنظر أو لمس أو نحوه ، وهو في يد الغاصب لم يكن قبضاً عرفا ،بل الرضاء بالبقاء فـي يد البايع ، ليس قبضاً ، فضلاً عن الغاصب ،كما صرّح به خبر عقبة بن خالد (١) المتقدم . نعم قد يقال : بعدم الانفساخ قهراً بالتلف السماوي في يد الغاصب بكونه مضموناً عليه للمشتري ، فهو حينئذ كما لو ضمنه الاجنبى بالاتلاف في يد البايع، خصوصا مع كون الانفساخ على خلاف القواعد ، فيجب الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو فيما إذا كان غير مضمون للمشترى ،كما إذا كان فى يد البايع . فتأمل جيدا ،فانه دقيق ، لكن لا يحضرنى فى الآن من احتمله.

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لا يلزم البايع أجرة المدة على الاظهر﴾ لان المضمون عليه إنما هو العين وماكان من توابعها الداخلة فى البيع ، وليست المنفعة من هذا القبيل وانّما هي نماء المبيع فلا تكون مضمونة ، ولذا قال ! في جامع المقاصد: « لاريب فى ضعف احتمال الضمان، وقد سبق من قريب فله النماء. غير مضمون ، والمنفعة نماء .نعم قد يقال: إن النماء المتصل محل تردّد ، فان المبيع لو سمن فى يد البايع، ثم هزل جاء فيه الوجهان، إلا إذا كان السّمن موجوداً وقت العقد ، فانه مضمون قطعاً »قلت : يمكن دعوى كون المنفعة فيه مـن قبيل النّماء المتصل ، فيكون الاحتمال حينئذ فى محلّه ، لأنّ فـواتها حينئذ بمنزلة النقص قبل القبض .

نعم يضعف الاحتمال المزبور ماعرفته سابقا من أن النقص الداخل على المبيع من أجنبى، ضمانه ـ مع اختيار المشتري اللزوم ـ على الاجنبى لا على البايع ،فيختص حينئذ الغاصب بالرجوع عليه ، على أن التحقيق عدم دخول المنافع فى المبيع ، و إنما هي نماء.

---

(١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الخيار الحديث ١

﴿فأما لو منعه البايع عن التسليم ، ثم سلّم بعدمدّة ،كان له الأجرة﴾لأنه غاصب إذالم يكن امتناعه بحق ،كقبض الثمن ، بل في جامع المقاصد احتمال الضمان أيضاً ، لأن جوازالحبس غير سقوط حق المنفعة ، ولايلزم من ثبوت الاوّل الثاني و إن كان الاقوي الاوّل . ثم إن الظاهر جريان حكم الغاصب عليه في صورة عدم كون الحبس بحق ، ينافيه الإحتمال السابق ، في عدم الانفساخ قهراً لو تلف في يده بآفة سماوية .

ولو طلب المشتري الانتفاع بالمبيع في يدالبايع بنفسه وبغيره إلي حين تسليم الثمن ففي جامع المقاصد الظاهر أن للبايع المنع ، وفيه نظر، وكيف كان فالنفقة في مدّة الحبس علي المشتري ، لأن العين ملكه ، فان امتنع منها رفع البايع أمره إلي الحاكم ، فان تعذر أنفق بنية الرجوع ورجع بها كما في نظائره ؛ لكن في جامع المقاصد ما أشبه هذه المسألة ، بمثل منع الزوجة نفسها قبل الدخول إلي أن تقبض المهر،فان في استحقاقها النفقة تردّد،قال : ويحتمل الفرق بين المؤسر والمعسر، وفيه أنه يمكن الفرق بين المقامين . والله أعلم .

﴿ويلحق بهذا﴾ اي النظر الثالث ﴿بيع مالم يقبض وفيه مسائل الاولي : من ابتاع متاعاً ولم يقبضه ثم أراد بيعه﴾ جاز إن لم يكن مكيلا أوموزونا إجماعاً بقسميه ونصوصا (١) ولايشمله النهي عن بيع ماليس عنده (٢) قطعا ،كما أنه لم يثبت حديث النهي عن بيع مطلق مالم يقبض(٣)كما اعترف به في الروضة ، ولئن ثبت كان حمله علي الكراهة بالنسبة إلي ذلك متعينا ، فما حكاه في التذكرة عن بعضهم من القول بالمنع - مع أنالم نتحقق القائل به - فاسد قطعاً نعم ﴿كره﴾ له ﴿ذلك﴾ مطلقا كما عن بعضهم ، للمرسل المزبور(٤) وإشعار بعض النصوص (٥) أو ﴿إن كان﴾ المبيع ﴿مما

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام العقود

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام العقود الحديث ٤

(٣و٤) الوسائل الباب ١٠ من ابواب احكام العقود الحديث ٦ وسنن البيهقي ج ٥ ص ٣١٢

(٥) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام العقود الحديث ١ و ٩ و ١٨

يكال أو يوزن» وفاقا للمفيد والنهاية ومحكي القاضي، بل هو المشهور بين متاخري الاصحاب ، نقلا وتحصيلا ، لاصالة الجواز وعموماته ، وإطلاقاته ، سيما التعليل في نحو الصحيحين اللذين في أحدهما (١) «في رجل أمر رجلا يشتري متاعا ، فيشتريه منه ، قال : لابأس بذلك ، إنما البيع بعد ما اشتريته » وفي ثانيهما (٢) «لا بأس إنما تشتري بعدما اشتريته ».

و خصوص خبر الكرجي (٣) قال للصادق عليه السلام : « أشتري الطعام إلى أجل مسمى ، فيطلبه التجار مني بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه ، فقال : لابأس أن تبيع إلى أجل كما اشتريت ، وليس لك أن تدفع قبل أن تقبض ، قلت : فاذا قبضته جعلت فداك ، فلي أن أدفعه بكيله ؟ قال : لابأس بذلك إذا رضوا » وزاد فيما رواه عنه في الفقيه ، (٤) قال : «وقلت له : اشتري الطعام من الرجل ، وأبيعه من رجل آخر قبل أن اكتاله ، فأقول : إبعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته ؟ قال : لابأس » والمراد أجل الثمن ، والبيع مرابحة ، ولذا قيد الامام عليه السلام نفي البأس بما سمعت.

وخبر جميل بن دراج (٥) عن الصادق عليه السلام أيضاً « في رجل اشترى الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه ؟ قال : لابأس ، ويوكل الرجل المشتري منه بكيله وقبضه ؟ قال : لابأس» وخبر أبي بصير (٦) «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه

---

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب احكام العقود الحديث ٦ وفيه بعدما يشتريه : بدل ما اشتريه

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب احكام العقود الحديث ٨ وفيه انما يشتريه منه بعد ما يملكه

(٣) الوسائل الباب ١٦ من أبواب احكام العقود الحديث ١٩

(٤) الفقيه ج ٣ ص ١٣١ الطبع الحديث النجف

(٥) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام العقود الحديث ٦

(٦) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام العقود الحديث ١٦ مع نقصان يسير فيه

قبل أن يكيله؟ قال : لايعجبني أن يبيع كيلا أووزنا ، قبل أن يكيله أو يزنه ، إلاأن يوليه‌كما اشتراه ، فلابأس أن يوليه كما اشتراه إذالم يربح فيه أويضع ، وما كان‌من شيء عنده ليس بكيل ولاوزن، فلابأس‌ان‌يبيعه قبل‌ان‌يقبضه» وصحيحي(١) محمدبن مسلم الواردين في‌بيع الثمرة المشتراة قبل‌قبضها ، بناء على‌شمولهاللمكيل والموزون منها ، لاأنه لخصوص ماكان على‌الشجر والنخل .

وخبر إسحق المدائني (٢) «سأل أباعبدالله عليه السلام عن القوم يدخلون السفينة ، يشترون الطعام ، فيتساومون بها ، ثم يشتريه‌رجل‌منهم،فيسألونه‌فيعطيهم مايريدون من الطعام ، فيكون صاحب الطعام هوالذي‌يدفعه إليهم ، ويقبض الثمن ؟ قال :لابأس ماأراهم إلا و قدشركوه ، مضافا إلى النصوص (٣) الدالة على جواز بيع السلم بعد حلوله و قبل قبضه ، بل‌لاخلاف أجده فيه هناك إلا من بعضهم إذاكان البيع بجنس الثمن مع الزيادة ، بناء على أن المسألتين من واد واحد ، كما صرّح به في الروضة والمسالك‌واختارفيهمامعاالحرمة ، إلا أن النصوص شاهدة بخلافه ، و لذا فرّالمحدث البحراني من القول بالحرمة فيها من قوله بها في المقام . نعم يمكن حمل تلك النصوص على غيرصورة البيع ، وأنه‌كان وفاء بصلح ونحوه . فلاحظ وتأمل .

وقيل ؟كما عن‌العمّاني : لايجوز ، ومال إليه ثاني الشهيدين والمحدث‌البحراني ﴿وقيل﴾ كما عن المبسوط و الخلاف والغنية و الصدوق والقاضي في أحدكتابيه أنه ﴿إن‌كان طعاما لم يجز﴾ بل‌في الثلاثةالأول الاجماع عليه ، وإن‌كان موهونا بمصير بعض من تقدمه ، ومعظم من تأخره إلى خلافه ، بل قدسمعت أن خيرته في النهاية

(١) الوسائل‌الباب٧ من ابواب‌بيع الثمار الحديث٣و٢

(٢) الوسائل‌الباب ١۶ من ابواب احكام العقودالحديث٧

(٣) الوسائل‌الباب٧من‌ابواب‌احكام‌العقودوباب١١من ابواب السلف

الكراهة ، فلاريب في قصوره عن معارضة أدلة الجواز ، كالنصوص (۱) التي ما بين قاصرة الدلالة ، أوالسند ، ومشتمل على مالايقول به المعظم منهم من الفرق بين التولية وغيرها ، وناه عن البيع قبل الكيل والوزن الذى لايدل على المقام ، بناء على التحقيق من عدم توقف القبض عليه ، على أن مقتضى عدم التعارض بينهما ما اختاره العماني ، وهو شاذ ، فمفاد النصوص لا قائل به إلا نادر ، وما قالوه من خصوص الطعام غير مفادها .

﴿و﴾ حينئذ فلاريب أن ﴿الأول أشبه﴾ وعليه يحمل لفظ لا يصلح في صحيح الحلبي (۲) عن الصادق عليه السلام قال : «في الرجل يبتاع الطعام ، ثم يبيعه قبل أن يكال ؟ قال : لايصلح له ذلك » ومثله خبر البصرى (۳) و أبي صالح (۴) مع زيادة « لاتبعه حتى تكيله» وخبر علي بن جعفر (۵) «سأل أخاه عليه السلام عن الرجل يشترى الطعام أيصلح بيعه قبل أن يقبضه ؟ قال : إذاربح لم يصلح حتى يقبض ، وإن كان تولية فلا بأس » خصوصاً بملاحظة خبر أبي بصير (۶) المتقدم الظاهر في الكراهة . بل هو القرينة على إرادتها من النهي في الزيادة المزبورة .

كالنهي في صحيح منصور بن حازم (۷) عن الصادق عليه السلام أيضاً «إذا اشتريت متاعا فيه كيل أووزن ، فلاتبعه حتى تقبضه ، إلاأن توليه ، فاذا لم يكن فيه كيل ولاوزن فبعه» وخبر محمد بن قيس (۸) عن أبي جعفر عليه السلام «من احتكر طعاما أو علفا ، أو ابتاعه بغير حكرة ، وأرادأن يبيعه ، فلايبعه حتى يقبضه ويكتاله »وخبر حزام المروي عن مجالس الطوسي (۹) قال: «ابتعت طعاماً من طعام الصدقة ، فاربحت فيه قبل أن أقبضه ، فأردت

---

(۱) الوسائل الباب ۱۶ من ابواب احكام العقود

(۲) الوسائل - الباب ۱۶ من ابواب احكام العقود الحديث ۵

(۳و۴و۵) الوسائل الباب ۱۶ من ابواب احكام العقود الحديث ۱۲ و ۹

(۶و۷و۸) الوسائل الباب ۱۶ من ابواب احكام العقود الحديث ۱۶و۱و۱۷

(۹) الوسائل الباب ۱۶ من ابواب احكام العقود الحديث ۲۱

بيعه ، فسألت النبي صلى الله عليه وآله ؟ فقال : لاتبعه حتى تقبضه » مع أنه استثنى في الثاني : التولية ،كما أن الأول لايدل على المطلوب ؛ إلابناء على إرادة القبض من الكيل ، وفيه منع .

وأولى من ذلك في احتمال إرادة الكراهة ، صحيح الحلبي(١) «سأل أباعبدالله عليه السلام عن قوم إشتروا بزاً فاشتركوا فيه جميعا ولم يقسموه ، أيصلح لأحد منهم بيع بزّه قبل أن يقبضه ؟ قال : لابأس به ، وقال : إن هذا ليس بمنزلة الطعام ، إن الطعام يكال » الذي أقصى مفهوم التعليل فيه ثبوت البأس الذي هو أعم من الحرمة . كخبر منصور(٢) «سأل أباعبدالله عليه السلام عن رجل اشترى بيعا ليس فيه كيل ولاوزن أله أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه ؟ قال : لابأس بذلك مالم يكن كيل ولاوزن فإن هو قبضه فهو إبراء لنفسه » إلى غير ذلك من النصوص ـ التي هي مع قطع النظر عماذكرناه من أدلة الجواز ـ ظاهرة في الكراهة .

وقد عرفت أن مقتضاها ـ خصوصا مع ملاحظة التعليل في صحيح الحلبي ـ تعميم الحكم في كل مكيل وموزون ، لاخصوص الطعام ، وهو خلاف المعروف بين القائلين بالحرمة ،كما أن المعروف بينهم ، عدم الفرق في ذلك بين التولية وغيرها ، ولذا نسبه المصنف إلى الرواية ، فقال : «وفي رواية يختص التحريم بمن يبيعه بربح ، فأما التولية فلا» بل عن المهذب البارع ، أنه لم يقف على عامل بها ، وإن كان فيه أنه قال : به بعض من تقدمه كالفاضل في التحرير والقواعد وتبعه الشهيد الثاني في المسالك والروضة ، للنصوص المزبورة التي ظهر لك أن الأولى الجمع بينها بالقول بالكراهة في مطلق مالم يقبض للمرسل ،(٣) وتشتدّ في خصوص المكيل والموزون ، وتشتدّ في خصوص الطعام منه ، وتشتدّ في خصوص بيعه مرابحة ؛

(١و٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام العقود الحديث ١٠ و١٨

(٣) الوسائل الباب ١٠ من ابواب احكام العقود الحديث ٦ الجواهر ٢١

وفي إلحاق الوضيعة بها ؛ أو بالتولية ، وجهان - من لزوم الاقتصار فيما خالف إطلاق المنع على ما تضمنه الروايات - ومن مفهوم الصحيح إذا ربح لم يصلح حتى يقبض ، واحتمال ورود الاطلاقات . و استثناء التولية خاصة مورد الغلبة ، لكون المعاملة بالوضيعة نادرة ، إلا أنه وارد في مفهوم الصحيح ، ومع ذلك يؤيد الأول ، ذيل خبر أبي بصير(١) السابق ، بناء على عطف يضع فيه على لفظ يربح ، لكن قد يقوى في النفس خفة الكراهة فيها بالنسبة إلى التولية ، إذ الظاهر أن المراد من النصوص أنه مع البيع مرابحة ينبغي الكيل والوزن ، وعدم الاكتفاء بالإخبار كما هو المناسب لأخذ الربح ودفعه ، أما إذا لم يكن له فيه ربح ، فاللائق أخذه منه كما اشتراه بالاخبار ونحوه . و لا ينبغي مناقشته لعدم حصول ربح له ؛ فلا ريب في أولوية المواضعة حينئذ ، فلاحظ النصوص وتأمل ما ذكرناه تجده واضحا .

كما أنك تجد أوضح من ذلك ، ما أومأنا إليه سابقا من أنه على المختار من عدم توقف القبض على الكيل والوزن ، ينبغي جعل موضع الكراهة ، بيع ما لم يكل أو يوزن وإن كان مقبوضاً ، بل الاولى تحرير محل النزاع كذلك . لما عرفت من الاختلاف في تحقق القبض ، واحتمال عدم البأس كراهة وحرمة في بيع الطعام فضلا عن غيره إذا كان قد قبضه بنقل أو وضع يد أو نحوهما وإن لم يكن قد كاله و وزنه - ينافيه ظاهر النصوص ، ضرورة وضوحها في أن المدار على عدم كيله ووزنه . نعم عبّر في بعضها عن ذلك بعدم القبض لغلبة حصول الكيل والوزن معه ، واحتمال العكس ضعيف بالنسبة إلى ذلك فيها ، وإن كان يؤيده ظاهر تحرير محل النزاع في كلام الاصحاب فلاحظ وتامل.

وكيف كان ، فالظاهر البطلان على القول بالحرمة ، كما عن العماني التصريح به ، وتبعه بعض المتاخرين ، لما تحقق في الاصول من اقتضائه الفساد عرفا ، إذا تعلق بالمعاملة ، فما في المختلف من أنه يأثم خاصة ، بناء على عدم اقتضاء النهي الفساد في

---

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام العقود الحديث ١٦

المعاملة ، قد تبين ضعفه في الاصول . هذا كله إذا أراد بيع ماانتقل إليه بالبيع قبل قبضه :

﴿و﴾ أما ﴿لوملك ما يريد بيعه بغير بيع ، كالميراث ، و الصداق للمرأة والخلع ، جازوإن لم يقبضه﴾ بلاخلاف أجده ، بل ربماظهر من بعضهم الاجماع عليه، لعموم الادلة وإطلاقها السالمين عن المعارض، حتى لوكان انتقاله إلى المورث والمصدق والمختلعة ببيع لاقبض معه ،كماهومقتضى إطلاق المتن وغيره وصريح بعض ، ضرورة ظهورأدلة المنع فيما لاواسطة بين الابتياع والبيع . وفي الفرض قد تخلل الارث و الإصداق وعوض الخلع بين الابتياع والبيع ، فماعن بعضهم من تقييد الإطلاق بذلك في غيرمحله ،

وكذا لاإشكال في جواز نقل ماابتاعه ولم يقبضه بغير البيع حتى الصلح ، بناء على ما هو التحقيق من كونه عقدامستقلا، للعموم والاطلاق السابقين(١) فالمنع حينئذ من الاجارة بناء على أنها ضرب من البيع ، فيه منع واضح ، ومن الكتابة لأنها بيع للعبد من نفسه ، وهوأوضح منعاً ، فصار المنع و الكراهة فيمالم يقبض مشروطة بشرطين ، أحدهما ـ انتقاله إليه بالبيع ، والثاني ـ نقله بلاواسطة مبيع ، والظاهر إختصاص الحكم بالمبيع كما صرّح به بعضهم ، دون ثمنه ، فيجوز نقله ببيع وغيره و إن لم يكن مقبوضاً ، إقتصاراً فيما خالف الاصل على المتيقن . والله أعلم . ومما ذكرنا يظهر لك .

أن المسألة ﴿الثانية﴾ التي ذكرها المصنف وغيره ، وهي أنه ﴿لوكان له على غيره طعام من سلم ، وعليه مثل ذلك ، فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر﴾ ليست ممانحن فيه ، إذهي إمّاحوالة أووكالة ؛ وعلى كل حال ليست من بيع المبيع قبل قبضه فلايأتي فيها البحث السابق فما ﴿و﴾ ي المتن وغيره ـ من أنه ﴿ على ماقلناه ﴾ في

---

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام العقود

المسألة السابقة ﴿ يكره ، وعلى ماقالوه ﴾ فيها ﴿يحرم﴾ معللا ﴿ له ﴾ بـ ﴿ أنه قبضه عوضا عماله قبل أن يقبضه صاحبه ﴾في غير محله، كالتعليل الذى من الواضح عدم اقتضائه كونه بيعا قبل قبضه ، إذ المعاوضة أعم من البيع ، و دعوى أن الحوالة قسم من البيع كماترى ، بل هي قسم مستقل برأسه،ومن هناقال في المحكي عن الخلاف : «يجوز الإحالة ، سواء كان الطعامان قرضين ، أوأحدهماقرضاً والآخر سلماً بلاخلاف أوكانا سلمين عندنا ، لأن الأصل جوازه والمنع يحتاج إلى دليل » .

ومن ذلك يعلم أن ماحكاه في المسالك عن الخلاف في غير محله ، نعم حكى ذلك عن المبسوط والقاضي وظاهر المتن وبعض ، موافقته على بناء هذه المسألة ، على المسألة السابقة ، بل نفى الخلاف عنه في المبسوط ؛ قال : «وإن كانا سلمين لايجوز بلاخلاف لأن بيع السلم لايجوز قبل القبض إجماعاً لالعلة» لكن قدعرفت مافيه ، على أنه قد روى المشايخ الثلاثة في الصحيح (١) في بعض والموثق في آخر ، عن عبدالرحمان بن أبي عبدالله قال: «سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل عليه كر من طعام فاشترى كراً من رجل آخر،فقال للرجل : إنطلق فاستوف كرك ، قال : لابأس به» .

وكيف كان فقدظهر لك أن بناء هذه المسألة على ماتقدم لاوجه له.وماعن الشهيد في بعض تحقيقاته ـ وأنه من لطائف الفقه ، وربما كان التعليل في المتن وغيره مومياً إليه ـ «من أن مورد السّلم لماكان ماهيّة كلية ثابتة في الذمّة ، منطبقة على أفراد لانهاية لها ، فأي فرد عيّنه المسلم إليه ، تشخّص ذلك الفرد ، وانصب العقد عليه ،فكأنه لمّاقال له الغريم : إكتل من غريمي فلان ، قدجعل عقدالسّلم معه . وارداً على مافي ذمة غريمه المستسلف منه؛ولمايقبضه بعد ، ولاريب أنه مملوك لهبالبيع ،فإذاجعل مورد السّلم الذي هو بيع ، يكون بيعاً للطعام قبل قبضه فيتحقق الشرطان ، ويلحق بالباب» ـ لوسلّم فإنماهوفي الفرد الذي يتشخّص بالدفع والقبض، أمّا الذى تشخّص

(١) الوسائل الباب ٦ ، من ابواب احكام العقود الحديث ٢

بعقد الحوالة كما في المقام ، فقد يمنع صدق اسم المسلم عليه، إذ هي عقد مستقل يحصل به ملك ما في الذمة ، و لا ينصب عقد السلم عليه ، و لو فرض موضوع البحث وكالة في القبض ، زال الإشكال من هذه الحيثية قطعاً .

نعم يبقى إشكال تولي الواحد طرفي القبض إذا أراد قبضه لنفسه ، بعد القبض عن موكله كما تسمعه في المسألة الآتية ، ولعلّ ما ذكرناه أولى مما في المسالك من مناقشة الشهيد «بان مورد السلم و نظائره من الحقوق الثابتة في الذمة ، لما كان أمراً كلياً، كان البيع المتحقق به هو الأمر الكلي ، وما يتعين لذلك من الأعيان الشخصية بالحوالة وغيرها ليس هو نفس المبيع ، وإن كان الأمر الكلي إنما يتحقق في ضمن الأفراد الخاصّة ، فإنها ليست عينه ، ومن ثم لو ظهر المدفوع مستحقا أو معيبا رجع الحق إلى الذمة ، والمبيع المعين ليس كذلك، ونظير ذلك ما حققه الأصوليون من أن الأمر بالكلي ليس أمراً بشيء من جزئياته الخاصّة ، وإن كان لا يتحقق إلا بها ، و حينئذ فانصباب العقد على ما قبض وكونه حينئذ مبيعاً غير واضح ، فالقول بالتحريم عند القائل به في غيره غير متوجه، نعم لا بأس حينئذ بالكراهة ، خروجا من خلاف الشيخ وجماعة ، و تحرزاً مما هو مظنة التحريم » .

إذ فيه أنّ ما ذكره من ظهور الاستحقاق والعيب ، يقتضي الفرق بين المبيع المعين وغير المعين لأنه يقتضي كونه غير مبيع ، ولم يدّع الشهيد ولا غيره ، أنه عين المبيع أولاً وبالذات ، بل صار بعد التعيين مبيعا ، ولا ينبغي إنكار صدق وصف الكلي على الشخصي المدفوع عنه في البيع والإجارة وغيرهما ، وقد صرّح به الأصحاب في غير المقام ، كالإجارة والصّرف ، والعرف شاهد عليه .

نعم قد يتوقف في نحو الدفع بالحوالة كما ذكرناه : والأمر سهل بعد أن كان الحكم الكراهة المتسامح فيها عندنا في أصل المسألة ، إنما نحن فيه إن لم يكن من البيع قبل القبض ، فهو شبيهه كما عبر به في الدروس ثم على التحريم فلا ريب في البطلان كما

قلناه في المسألة السابقة ، وحينئذ لا يبرأ ذمة كل من المحول والمحول عليه بقبض المحتال ، وما عن التذكرة - من أن براءة ذمة الدافع ، أصح الوجهين ضعيف ، ضرورة كون الدفع والقبض بعنوان صحة العقد ، والفرض فساده ، نعم هو صحيح على المختار وتبرأ ذمة كل منهما .

﴿وكذا﴾ يصح الشراء قطعاً ﴿لو دفع إليه مالا ، وقال : إشتر به طعاما﴾ لي ﴿فإن قال : إقبضه لي ثم اقبضه لنفسك صح الشراء﴾ والقبض عن الموكل قطعاً ، بل عن غاية المرام نفي الخلاف فيه ﴿دون القبض﴾ له عند الشيخ والقاضي فيما حكي عنهما ﴿لأنه لا يجوز أن يتولى﴾ الواحد ﴿طرفي القبض﴾ ولأن الحلبي (١) سأل الصادق عليه السلام في الصحيح «عن رجل أسلفته دراهم في طعام فلما حل طعامي عليه ، بعث إلي بدراهم ، فقال اشتر لنفسك طعاماً واستوف حقك ؟ فقال : أرى أن يولى ذلك غيرك ، وتقوم معه حتى تقبض الذي لك ، ولا تتول أنت شراءه» وسأله أيضاً عبد الرحمان البصري (٢) في المرسل «عن الرجل أسلف دراهم في طعام ، فحل الذي له ، فأرسل إليه بدراهم ، فقال اشتر طعاما واستوف حقك هل ترى به بأسا ؟ قال : يكون معه غيره يوفيه ذلك» .

ومن هنا قال المصنف كظاهر غيره ﴿وفيه تردد﴾ لكن لا ريب أن الأقوى الجواز للأصل ، فيكفي المغايرة الإعتبارية في القابض و المقبوض منه ، كما تقدم في تولي طرفي العقد ، ولأن يعقوب بن شعيب (٣) سأل الصادق عليه السلام في الصحيح «عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب وتمر فبعث إليه بدنانير فيقول : اشتر بهذه و استوف منه الذي لك ؟ فقال : لا بأس إذا ائتمنه» .

ومنه يعلم أن المراد بالخبرين الأولين الإرشاد إلى رفع التهمة ، ومن هنا جزم

(١ و ٢) الوسائل الباب ١٢ من ابواب السلف الحديث ١-٢

(٣) التهذيب ج٧ ص٣٢ الحديث ١٨٠ الطبع الحديث

الفاضل في بعض كتبه والشهيدان والمحقق الثاني بصحة القبض له ، على أن إقباضه لايزيد على إذنه وقد حصلت ، فهو كمالو أذن لغريمه في قبض مال مخصوص له ، عوضاً عماله عليه .

بل الظاهر الصحة أيضاً لودفع له دراهم ، وقال : اشتر لي بها طعاما ، ثم اقبضه لنفسك ، وإن لم يقل إقبضه لي ثم اقبضه لنفسك . بل صحيح شعيب (١) أدل على صحة ذلك من الأول ، ولا يحتاج إلى أن يقبض أولاً بنية أنه لذي الدراهم ، ثم يقبض بعد ذلك بل يكفي قبضه لما اشتراه إذا كان مشخّصاً بنية أنه وفاء عمّاله في ذمّته ، و أقصاه أنه يكون إستيفاء مما لم يقبضه باذنه ، بل لو كان ما اشتراه كليا ، يمكن الاكتفاء بقبض الغريم عوضا عمّاله في ذمته ، عن القبض أولاً بعنوان أنه لذي الدراهم ، و إطلاق الخبر المزبور شاهد عليه ، ولودفع اليه دراهم وقال : خذها بدل الطعام جاز ، لأنه إستيفاء من غير جنس ؛ بل لو قلنا أنه بيع للطعام على من هو عليه قبل قبضه جاز أيضاً بناءً على المختار من كراهة ذلك ، لكن عن المبسوط أنه لم يجز لأنه بيع المسلم فيه قبل قبضه ، وهو غير جائز ، وفيه أن الدّفع بدله أعم من البيع ولو سلّم فقد عرفت التحقيق .

﴿ولو﴾ دفع اليه دراهم و ﴿قال : اشتر لنفسك لم يصح الشراء و﴾ حينئذ فـ ﴿لايتعين له بالقبض﴾ بلاخلاف أجده فيه ، لامتناع الشراء بمال الغير لغيره مادام علي ملك الغير ولو باذنه ، إقتصارا على المتيقن من إطلاق ادلة البيع ، فيبقى اصالة عدم النقل بحالها ، إلاان الانصاف عدم خلو ذلك عن البحث إن لم يكن إجماعاً ، و لو علم بقرينة ـ إرادة قرض الدراهم من ذلك ، اوالقضاء لماعليه من الطعام بجنس الدراهم اوالاستيفاء بعد الشراء والقبض له ، ويكون التعبير المزبور باعتبار مايئول إليه ، اولأنه السبب في هذا الشراء ـ خرج عن موضوع البحث . والله اعلم .

---

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب السلف لكن عن الحلبي في ذيل حديث الاول .

المسألة ﴿الثالثة : لو كان المال﴾ المالان قرضاً ، او المحال به قرضاً ، صح ذلك قطعا﴾ بل في التحرير قو لا واحدا ، للاصل بعد انتفاء شرطي المنع في الأول الذي نفى الخلاف عن الصحة فيه في المحكي عن المبسوط والخلاف ، و انتفاء تحقق بيع مالم يقبض في الثاني ، لكن لاوجه لتخصيص القرض بالمحال به ،كما في الكتاب و القواعد و التحرير ؛ بل متى كان أحدهما قرضاً صح كما نص عليه في المبسوط والتذكرة و الدروس وجامع المقاصد والمسالك على ما حكي عن بعضها ، إذ التحقيق ان الحوالة ليست بيعا ، وربما وجه تخصيص ذلك بأن المحال يشبه المبيع ، من حيث تخيل كونه مقابلا بالاخر ، وفيه ان شبهه بالثمن أظهر لمكان الباء .

نعم قد يقال :ان الغرض : من التخصيص الرد على ما عن الشافعية في احد الوجهين من عدم صحة الحوالة إذا كان المحال به قرضاً ، بل ربما استظهر من التذكرة احتماله أيضاً حيث انه حكاه ساكتا عليه . موجها له بأنه بيع سلم بدين. والأمر سهل بعد ماعرفت .

المسألة ﴿الرابعة : إذا قبض المشتري المبيع ﴾ مثلا ﴿ ثم ادعى نقصانه . فان لم يحضر كيله ولا وزنه ﴾ فلا خلاف أجده الاما ستعرف ﴿ف﴾ ي أن ﴿القول قوله فيما وصل إليه مع يمينه ، إذا لم يكن للبايع بيّنة﴾ بل في الرياض قولا واحداً لاصالة عدم وصول حقه إليه ، السالمة عن معارضته ، الظاهر وغيره ، كما صرح به غير واحد فيكون منكرا ؛ والبايع مدع ، «والبينة على المدعي ، واليمين على من أنكر »(١) من غير فرق بين دعوى كثرة النقصان وقلته هنا ، واحتمال أن القول قول البايع بيمينه ـ إن ادعى المشتري نقصانا كثيرا لا يخفى مثله على القابض ، بخلاف القليل الذي يمكن خفائه ، نحو ما تسمعه من التحرير في صورة الحضور ناشأ من ملاحظة معارضة الظاهر ، الاصل في الاول ، بخلاف الثاني ـ يدفعه منع الظهور

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٥ ـ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى الحديث٣

مطلقا ، مع عدم الحضور أولا ، ومنع حجيته - بحيث يعارض الأصل - ثانيا ، ودعوى- أنه به يكون البايع منكرا ، بناء على أنه ما وافق الظاهر ، فيقدم حينئذ بيمينه يدفعها - مضافا إلى ماعرفت - منع تسليم كون المنكر ذلك ، بل القول بأنه ما وافق قوله الأصل أقوى منه .

نعم لو فرض قرائن تشهد بكذب المدّعي على وجه يحصل العلم للحاكم؛ لم تسمع دعواه لذلك ، كما لو ادعى قبض حقه بعنوان أنها وزنة وكان من أهل الخبرة هذا . ولكن قد يقال : إن الاقوى منهما إيكال المدعي والمنكر إلى العرف ، و لعل صدقه على ما لو ترك ، لترك أتم ، ولاريب في أن المشتري هنا يصدق عليه ذلك، فيكون مدّعيا وعليه البيّنة ، وعلى البايع اليمين، وقد يؤيده أصالة الصّحة في دفع المسلم وقبضه ، إذا الفرض أنه قبض على أنه تمام الحق ، وصحة كل شيء بحسبه، ونحو ذلك بل أظهر منه ، لو ادعى المشتري عيب المقبوض .

ولذا حكي عن التذكرة أنه فصّل فقال : "يقدم قول مدعي التمام ، إن اقتضى النقص بطلان العقد ، كالصرف بعد التفرق والتسلم ، وإلا فمدّعي النقص » واحتمله في الدروس و لعلّه لاندراج الاول في مدّعي الصحة والفساد ، بخلاف الثاني وإن كان قد يناقش بمنع كون الاول كذلك ، بعد فرض عدم اعترافه بما يقتضي الحكم عليه بالصّحة ، كما لو قال : قبضته باخبار البايع أنه تام ، والفرض تسليم البايع ذلك ، فإن مجرّد ذلك لايقتضي الحكم عليه بصحة العقد المشترط فيه التقابض الذي مقتضى الاصل عدم حصوله، وإن كان قد وقع العقد بمعنى الايجاب والقبول، إذ ذلك بمجرده لا يقتضي حصول الشرط المتأخر ، كما هو واضح ، خصوصاً بعد ملاحظة نظائره مما يشترط في صحته القبض كالرهن والهبة ونحوهما ، ولعله لذا أطلق الاصحاب الحكم في المقام .

ولكن يرد عليه ماذكرناه ، و يمكن دفعه بعدم قبضه بعنوان الاذعان بالتمامية ، على وجه يكون كالاعتراف ، بل المفروض أنّه قبضه على إخبار البايع مثلا،

ولعلّ فرق الاصحاب بين الحضور وعدمه لذلك ، على معنى ، أن الحاضر منفصل بعنوان وصول تمام حقه إليه ، على وجه يكون كالمعترف فعلا ، بخلاف غير الحاضر ولذا كان القول قول البايع مع الحضور والمشترى مع عدمه ، ولعلّ هذا تحقيق المسألة إن لم يكن إجماعاً على غيره .

وكيف كان فممّا ذكرنا ينقدح الوجه فيما ذكره غير واحد ، بل هو المشهور ، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا ، بل في الرياض نفي الخلاف ، ﴿و﴾ أنه هو الحجّة من أنه ﴿إن كان﴾ المشترى قد ﴿حضر﴾ الكيل والوزن ﴿فالقول قول البايع مع يمينه ، والبيّنة على المشتري﴾ خصوصا مع اعتضاد قول البايع هنا بظهور الحضور ، في تمامية المقبوض ، واحتمال السهو والغلط ونحوهما لا ينافي الظهور المزبور ، بل قبضه مع حضوره ، بمنزلة اعترافه بتمامية الفعل ، فلا يسمع منه دعوى النقصان من دون ذكر وجه معتد به لما وقع منه ، نحو ما إذا وقع الاعتراف منه بذلك ، والاصل براءة ذمة البايع بعد حصول ذلك منه ، فيتفق حينئذ الاصل والظاهر ، والترك لو ترك في المقام ، ولا فرق في ذلك بين دعوى كثرة النقصان وقلته .

ولكن في التحرير وإن حضر فالقول قول البايع إن ادّعى نقصانا كثيرا ، والوجه قبول قوله في قليل يمكن وقوعه في الكيل ، وكأنه لحظ عدم الظهور في الاخير ، بخلاف الاول ، وفيه منع ؛ مع أن العمدة ما عرفت ، ومنه يعلم أنه لا وجه لتوقف بعضهم في الحكم المزبور ، وأنه لا دليل على اعتبار الظهور ورجحانه على الاصل أولاً ، ومنع الظهور ثانياً ، لاحتمال الغلط والسهو وغيرهما ، فان لم ينعقد إجماع كان الوجه تقديم قول المشتري على كل حال ؛ إذ قد عرفت أن الوجه ما ذكرناه ، ولا يرد مثله في الاول ، لأن المفروض عدم حضوره ، بل كان قبضه مبنيا على إخبار البايع ، بل لو اعترف كان المراد من اعترافه البناء على ظاهر الإخبار . هذا كله إذا أبرز الدعوى بما ذكرنا .

أما لو ادّعى المشتري عدم قبض جميع حقه كان القول قوله وإن كان حاضرا ،

للأصل السالم عن معارضة غيره ؛ وحضوره أعمّ من قبض جميع حقه كما هو واضح ،و هذه من الحيل التي يترتب عليها الحكم الشرعي الذى هو مبني على القواعد الظاهرة ، والظاهر إتحاد الحكم المزبور فى المعدود ، و لو مزروعاً كالمكيل والموزون وان اقتصر بعضهم على الثاني ؛ و حضور الوكيل كحضور الموكل فى وجه ، وكذا حضوره الكيل لغيره ، خصوصا إذا كان هو المباشر له ، وإن كان ظاهر بعض العبارات حضور الكيل للنفس ، والمدار فى الظاهر الذى يترتب عليه الحكم هو ما كان متحققا فى غالب الأفراد ، لاما اتفق باعتبار فرد خاص قد انضمت إليه بعض القرائن الحاليّة أو المقاليّة. فتأمل جيدا. والله أعلم.

المسألة ﴿الخامسة : إذا أسلفه فى طعام بالعراق ﴾ مثلا وقلنا بانصراف إطلاق العقد إلى بلده ﴿ثم طالبه بالمدينة﴾ مثلا ﴿لم يجب عليه دفعه﴾ بلا خلاف أجده فيه ، للأصل ، و كون الانصراف كالشرط الذى قد جعل الله المؤمن عنده (١) من غير فرق بين تساوى القيمة وتفاوتها ، كما أنه لو دفعه إليه لم يجب على ذى الحق قبوله لذلك أيضاً نعم لو تراضيا عليه لابأس به قطعا ﴿و﴾ أمّا ﴿لو طالبه بقيمته قيل﴾ والقائل الشيخ وجماعة ﴿لم يجز لأ﴾ ن دفعها عوضاً ع﴿نه﴾ من﴿ بيع الطعام على من هو عليه قبل قبضه﴾ وقد عرفت أن مذهبهم فيه الحرمة ، بل البطلان﴿و﴾ فيه أوّلا أن المتّجه ﴿على ماقلناه﴾ نحن هناك أنه ﴿يكره﴾ هنا ، وثانيا منع كون ذلك منه ، إذ هو وفاء الحق بغير جنسه ، لابيع ، وأقصى مايسلم أنه معاوضة أعمّ من البيع ،على أنّ ابن فضال (٢) قد كتب إلى أبى الحسن عليه السلام «فى الرجل يسلفنى فى الطعام ،يجيء الوقت وليس عندي طعام ، أعطيه بقيمته دراهم ؟ قال: نعم» وأرسل ابن أبان (٣)عن بعض أصحابنا «عن الصادق عليه السلام فى الرجل يسلف الدراهم فى الطعام إلى أجل ،فيحلّ

---

(١) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب السلف الحديث ٨

(٣) الوسائل الباب ١١ من أبواب السلف الحديث ٥ | ن عن ابان بن عثمن ،مع اختلاف يسير

الطعام ، فيقول :ليس عندي طعام ،ولكن انظر ماقيمته فخذمني ؟ قال: لابأس بذلك» .

ولا ينافيهما صحيح العيص بن القاسم (١) سأل الصادق عليه السلام « عن رجل أسلف رجلا دراهم بحنطة ، حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام ، ووجد عنده دوابا و رقيقا ومتاعا أيحلّ له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه ؟ قال : نعم يسمي كذا وكذا ، بكذا وكذا صاعاً » إذ المراد منه أنه حيث كانت القيمة عروضا ، لادراهم ؛ فلابد من تشخيصها في مقابلة الطلب الذى له ، ليحصل بذلك استيفاء حقه ،فلاينبغي التوقف حينئذ في الجواز مع التراضي .

إنّما البحث في أن له حينئذ جبره على القيمة في بلد السلم ؟ المشهور نقلاً العدم للأصل ، ولأن القيمة فرع استحقاق ذيها ، لأنها لم يجر عليها عقد ، ولادلّ دليل على استحقاقها ، وعن التذكرة أن له ذلك لأنّ الطعام الذى يلزم دفعه معدوم ،فكان كما لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه ، وفيه منع ظاهر ، ولأنّ الطعام قد حلّ، والتقصير من المسلم إليه ، حيث أنه لم يحضره في مكان التسليم عند الحلول ،ولامانع من التسليم إلّاكونه ليس في مكان التسليم الذى هو حق عليه ، فإذا أسقطنا حق المسلم من المطالبة بالطعام ، إرتفاقا بحال المسلم إليه ، إنتقل حق المسلم له إلى القيمة في مكان التسليم ، جمعاً بين الحقين ، وفيه أنّ الحلول أعمّ من ذلك، والتقصير مع إمكان فرض عدمه ، هو أعمّ منه أيضاً ،ولاتعارض بين الحقين ، حتى يجمع بينهما بذلك ؛ على أن الله قد جمع بينهما «بأن المؤمنين عند شروطهم »(٢) قال: «ولأن فيه من الضرر مالايخفى إن لم يكن له ذلك ، إذ ربما لايريد العود إلى بلد السلف وربما احتاج في عوده إلى أضعاف السلم ، و ربما كان المسلم إليه لايوثق بعوده إليه و الظفر به هناك ، بل ربما يكون هرب من السلف ، فيكون منعه من مطالبته مفضيا إلى

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب السلف الحديث ٦

(٢) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهود الحديث ٢

ذهاب حقه أبدا ، وطريقا إلى مدافعة الغريم عن الحق الحالّ عليه» وفيه أن الضرر لايدفع بالضرر؛ على أنه يمكن فرضه خاليا عن ذلك كلّه ، ولانقول أنه ليس له مطالبته أصلا ، بل له المطالبة في المدينة بالزامه بالتادية في العراق ؛ والاحتمالات المزبورة بعد أن كانت إتفاقية الحصول ، إتّجه الرجوع فيها بعد ثبوتها إلى الحاكم ليلزمه بوجه تخلو عنه .

ومن ذلك يعلم ما في جامع المقاصد من أن التحقيق أن يقال : له المطالبة بالطعام مع المساوات لبلد السلم أو النقصان ، والافله المطالبة بقيمة بلد السلم ،لتعذر المثل ، بل قال: ولو أتاه برهن أو ضمين وتهيأ للمسير معه مع اول رفقة ، فالظاهر عدم وجوب الصبر، لما فيه من الضرر وتاخير الدين الحال ، إذ لايخفى أن المساواة أو النقصان ، لاتسوغ له المطالبة في غير البلد الذى انصرف اليه العقد الذى بمنزلة الشرط ، على أن المسلم إليه قد يكون تحصيل عين الحق في تلك البلد سهلا عليه ، بخلاف غيره ،كما أن حلول الدين لايسّوغ خلاف الشرط ، والفرض انصراف العقد إلى البلد المخصوص، بل لو قلنا أنه يجب عليه في ذلك اليوم التسليم في العراق ، وهو متعذر فالمتجه فيه السقوط ، لقبح التكليف بما لايطاق ، ومنع خطاب الوضع وهو ثبوت لأنه ينتقل إلى القيمة قياسا على تقدير المسلم فيه في بلد السّلم ، بعد بطلان القياس عندنا ، والله أعلم.

﴿ولو﴾ فرض أنه ﴿كان﴾ ما في الذمة من الطعام مثلا ﴿قرضاً﴾ في العراق لاسلما ﴿جاز أخذ العوض﴾ أى القيمة ﴿بسعر العراق﴾ قولا واحداً ، لعدم كونه بيعا لما اشتراه قبل القبض. إنما الكلام في أن له المطالبة بالمثل؟ الاظهر العدم ، وفاقا للفاضل وثاني الشهيدين ، للاصل بعد انصراف عقد القرض إلى بلده فليس له المطالبة بالأداء في غيره ،كما أنه لو دفع إليه فيه ، لم يجب قبوله ، فاذا لم يكن له ذلك ، لم يكن له

المطالبة بالقيمة التي لم يجر عليها عقد ، ولادليل عليها ، خلافا للتحرير و التذكرة ومحكي المبسوط والقاضي وغاية المرام ، بل ربما لاح من الاخير عدم الخلاف فيه، فيجبر على دفع قيمة العراق ولم نعرف له وجها ، سوى ما سمعته في السّلم و سمعت بطلانه ، وللمختلف فيجب دفع المثل بالمطالبة ، فان تعذرفالقيمة بسعر العراق ، و كأنه مبني على منع الانصراف المزبور،كما مال إليه في الحدائق ، إلاّ أن المتجه حينئذ القيمة في ذلك الوقت.

وعلى كل حال فضعفه واضح ، وخبر سماعة (۱) «سأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل لي عليه مال فغاب عني ، فرأيته يطوف حول الكعبة ، فأتقاضاه ؟ فقال له لاتسلّم عليه ولاتروعه حتى يخرج من الحرم» مع أنه لم يعلم كونه قرضا أوغيره ، إنما هو مساق لبيان حرمة الحرم ، على أن له المطالبة في غير ذلك المكان ، بالتادية في بلد القرض، وربما كان هارباً منه . فتأمل .

﴿و إن كان﴾ الطعام ﴿غصبا﴾ وقد تلف فعن المبسوط والقاضي أنه ﴿ لم يجب﴾ عليه ﴿دفع المثل﴾ لوطالبه به في غير بلد الغصب ﴿و﴾ إن لم يكن فيه مانع السلم ﴿جاز﴾ له ﴿ دفع القيمة بسعر العراق﴾ مثلا لا القيمة وقت الاعواز ، بل يجبر عليها مع المطالبة ﴿و﴾ فيه أن ﴿الاشبه﴾ بعموم « من اتلف » (۲) و «على اليد» (۳) وغيرهما، ﴿جواز مطالبة الغاصب بالمثل حيث كان و﴾ إن تعذر فليطالبه ﴿بالقيمة الحاضرة عند الاعواز﴾ لانه وقت الانتقال إليها ، فما في المختلف - من أنه يجبر على دفع المثل فان تعذر فقيمة بلد الغصب ، نحو ما سمعته عن المبسوط في القيمة ، لانه غصبه هناك ،

(۱) الوسائل - الباب ۲۶ من ابواب الدين الحديث ۱

(۲) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار ومن اراد الاطلاع على مداركها فليراجع القواعد الفقهية ج۲ للسيد البجنوردي.

(۳) سنن البيهقي ج ۶ ص ۹۰ وكنز العمال ج۵ ص۲۵۷

فإذا تعذر المثل وجب عليه قيمته فيه - كما ترى.

المسألة ﴿السادسة : لو اشترى عينا بعين ، وقبض أحدهما ثم باع ماقبضه وتلفت العين الاخرى في يد بايعها ﴾ بعد البيع الثاني ﴿ بطل البيع الاول ﴾ من حينه ، لحصول التلف قبل القبض ﴿ ولا سبيل إلى إعادة ما بيع ثانيا ﴾ لوقوعه مصادفا للملك ضرورة كون الفسخ بالتلف من حينه ﴿ بل يلزم البايع قيمته لصاحبه ﴾ إن كان قيميا ، كما لو كان تالفا ، بل الظاهر عدم وجوب فسخ البيع الثاني عليه لو كان له خيار مثلا ، مع احتماله كالهبة قبل التصرف ، وعلى الاول ، فلو فسخ بعد دفع القيمه أو قبلها ، ففي وجوب دفع العين عليه وجه قوي ، لانه وإن كان للفسخ مدخل في الملك من حينه ، إلا أن المملك الاول له قد انفسخ ، ففسخ العقد الثاني يرجعه على مقتضى العقد الاول الذى فرضنا إنفساخه ، فيعود الملك إلى مالكه الاول بمجرد فسخ العقد.

نعم لو كان انتقاله إليه بعقد جديد كهبة ونحوها ، إتجه عدم وجوب دفع العين عليه ، و يحتمل عدم الوجوب خصوصا لو كان قد دفع القيمة التي هي بمنزلة العوض عنه ، بل وإن لم يدفعها ، بناء على أن دخوله في الملك بالفسخ بمنزلة الملك الجديد. فتأمل جيدا

وكيف كان فهل المعتبر قيمته يوم البيع ، أو يوم تلف العين الاخرى ؟ يحتمل الاول ، لانه وقت تعذر المثل ، والثاني لان القيمة حينئذ لم تكن لازمة للبايع ، وإنما لزمت بتلف العين الاخرى ، الموجب لبطلان العين ، و هو الاجود ، ولو جهل تاريخ كل من البيع الثاني ، والتلف ، إتجه البطلان ، بناء على أن مقتضى تعارض الاصلين الاقتران الذى لاريب في البطلان مع تحققه ، وأمّا إذ اقلنا بعدم الاقتران ، وأن الاصل يقتضي عدمه أيضاً ، فيمكن الصحة تمسكا بأصالتها الناشئة من إطلاقات البيع و عموماته فتامل . والله أعلم

﴿النظر الرابع: فی اختلاف المتبایعین﴾

لکن ینبغی أن یعلم أولا أنه ﴿إذا عین المتبایعان نقدا﴾ مخصوصاً أو عروضاً کذلك ﴿وجب﴾ الوفاء بما عیناه فی العقد ﴿وإن أطلقا﴾ النقد مثلا ، وکانا من أهل بلاد واحدة ﴿إنصرف إلی نقد البلد﴾ ف ﴿إن﴾ لم یکن فیه إلا نقد واحد أو ﴿کان فیه نقد غالب﴾ صح قطعا ، إذا وقع العقد فی بلدهما المنصرف فیه إلیه ، ضرورة کون الانصراف من التعیین ، بل وإن کانا فی غیره ، ترجیحا لعرف المخاطبین علی مکان الخطاب ، ولو انضم عرف بلد العقد إلی أحدهما دون الاخر ، أمکن ترجیحه علیه ، سیما إذا کان البایع الذی یمکنه ترجیح عرفه علی المشتری إذا وقع العقد فی محل لا یعضد أحدهما ، لان ابتداء الخطاب منه والمشتری قابل للمراد من خطابه علی الظاهر واحتمال الخروج عن عرفهما معاً ، لاختلافه ، والرجوع إلی بلد العقد إذا فرض فیه نقد غالب ـ ضعیف ؛ وقد تحقق فی الأصول فی بحث تقدیم عرف المخاطب علی المتکلم أو العکس ، ما یشهد للمقام فی الجملة ، وإن کان یمکن الفرق بینهما ، ولذا کان الأولی التعیین فی المقام المقصود منه ذکر ما یرتفع به النزاع والشقاق فی جمیع صور الاختلاف المزبورة ، ولا ینبغی الاعتماد علی مطلق الظن فیه .

﴿و﴾ کیف کان ف ﴿إ﴾ ن ﴿لا﴾ یحصل تعیین ولا غلبة ونحوهما مما یکفی، فیه ﴿کان البیع باطلا﴾ للجهالة الإ إذا علم کل منهما قصد الاخر فانه یکفی؛ إذ احتمال الذکر تعبداً لقطع النزاع ضعیف ، وأضعف منه ما عن الاردبیلی من احتمال الصحة إذا تساوت النقود ، إن لم یکن خلاف الاجماع ، مع أنه لم نجده لغیره ، وخلاف علم الهدی والشیخ فیما حکی عنهما فی المشاهدة وکفایتها مقام آخر ، کالمحکی

عن ابى علي من تجويزه البيع بسعر ما باع ، ودعوى الملازمة يمكن منعها ، فانحصر التامل فيه ، مع إحتمال أن يريد ما يحكى عن بعضهم من صحة البيع إذا تعددت النقود، وتساوت في القدر والقيمة والمالية ، وإن اختلفت الافراد بحسب الرغبة، فان القول به حينئذ لا يخلو من قوة إن لم يؤد التفاوت إلي الغرر والجهالة والنزاع والمشاجرة ، و لم يعلق البيع بالمشترك اللفظي . مريدا بهمفهوم احدهما على جهة الترديد لعدم معقولية الملك على هذا الوجه ، و من ذلك كله يعلم الحال في الذرع و الكيل ﴿ وكذا الوزن﴾ ولو تعارف ذرع غير بلد العقد فيها ، أو وزنها ، أو كيلها لمبيع خاص ، إنصرف اليه فيها من العالم بالحال ، وإلا بطل العقد مع اختلاف القصد ، و يقدم قوله في الجهل بذلك ، إذا لم يكن هناك ظاهر ينفيه، وإلا تعارض الأصل والظاهر.

﴿و﴾ كيف كان ﴿إن اختلفا﴾ أي المتبايعان ﴿فهيهنا مسائل : الأولى : إذا اختلفا في قدر الثمن﴾ سواء كان في الذمة ، أو معينا في وجه تسمعه إنشاءالله تعالى ، ﴿ف﴾ ادعى البايع زيادته ، والمشترى عدمها ، كان ﴿القول : قول البايع مع يمينه إن كان المبيع باقيا ، وقول المشتري مع يمينه إذا كان تالفا﴾ على المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة بل عن ظاهر الغنية وكشف الرموز الاجماع عليه ، بل هو صريح محكي الخلاف ، وآخر مبحث الشرائط من السرائر ، و إن أنكره في موضع آخر منها غاية الانكار ، لكن عن كشف الرموز أن المناقضة منه ليس ببدع ، ويدل عليه مضافا إلى ذلك ، مرسل البزنطي (١) الذى رواه المشايخ الثلاثة عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري : هو بكذا و كذا ، بأقلّ مما قاله البايع ، القول قول البايع إذا كان الشيء قائماً بعينه ، مع يمينه » المنجبر بما سمعت ، بل عن إيضاح النافع أن الرّواية مقبولة عند أهل الحديث .

وعن الكفاية أنها مشهورة و متكررة في الكتب معمول بها بين الاصحاب ، مع

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب احكام العقود الحديث ١-٢

ما عن عدة الشيخ من أن البزنطي لا يروي إلا عن ثقة ، وكشف الرموز أن الاصحاب عملوا بمراسيل البزنطي ، والرواية مقبولة عند أهل الحديث ، فلا مناص عن العمل بها منطوقا ومفهوما ؛ خصوصا بعد تأيدها في الجملة ، بإطلاق الصحيح (١) «فإن اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتتاركا» الظاهر في بقاء العين أيضا ، والنبوي (٢) «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البايع ، والمبتاع بالخيار» و بما أرسله في الخلاف من أخبار الفرقة ، و المناقشة في مفهومه ـ بأنه أعم من كون القول قول المشتري مع التلف ، لإمكان التحالف ـ يدفعها بعد أن كان دعوى أنه خلاف المنساق الإجماع المركب إن لم نقل انه مقتضى الأصل، وإلا كنا في غنية عن المفهوم كما أنا في غنية بما عرفت من الخبر المنجبر بالعمل، عن تكلف جريان ذلك على القواعد بوجوه تصلح مؤيدة للدليل لا دليلا ، لوضوح عدم تماميتها ، كما لا يخفى على من لاحظها .

ومن ذلك ظهر لك أن ما عن الإسكافي ـ من تقديم قول البايع إن كانت في يده لكن للمشتري الخيار ، وقول المشتري إن كان العكس ، أو أحدث بها حدثا إذ هو يؤيد أيضاً ، وربما حكي عن أبي الصلاح و إن كنا لم نتحققه ، بل لعل المحقق خلافه ـ في غاية الضعف لما عرفت على أنه مع قطع النظر عنه غير موافق للضوابط ، و إن احتجوا له ، بأنه إذا كان في يد البايع ، فالمشتري يريد انتزاعه من يده ، فالقول قوله ، بخلاف ما لو كان في يد المشتري ، فان البايع حينئذ يدعي زيادة على ما أقرّ به المشتري ، والاصل عدمها ، لكنه كما ترى ، ضرورة عدم أثر ليد البايع بعد اعترافه بأنها يد أمانة ، والمشتري بعد اعترافه بأنها مبنية على يد البايع ، وكذا ما عن بعضهم ـ من أن القول قول المشتري بيمينه ، لانه منكر للزيادة المدعاة بعد اعتراف البايع بأن العين ملكه ، فهو كمن ادعي عليه بماءة مثلا فاعترف بخمسين ، إلا أنه لم نعرف قائله ، قبل الفاضل

١ـ الوسائل الباب ١١ـ من ابواب احكام العقود الحديث١-٢

٢ـ سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٣٢

في المختلف ، بل في المسالك «لم يذكره أحد من أصحابنا في كتب الخلاف ، و ذكره العلامة في القواعد احتمالا ، وحكاه في التذكرة عن بعض العامة وقواه ، لكن الذي يظهر أنه أقوى الاقوال إن لم يتعين ، العمل بالأول نظراً إلى الخبر والإجماع ، غير أن فيهما ماقد عرفت » قلت : بل إليه يرجع مافي المختلف وإن أطال فيه إلا أنه لا يخفى عليك ضعفه في خصوص المقام لما سمعت .

نعم لاباس به في غيره لو أبرزت الدعوى باشتغال الذمة بالزائد وإنكاره ، أما لو أبرزت في تشخيص سبب الشغل بحيث يكون الإستحقاق تبعيا ، فقد يمنع تقديم قول المشتري فيه ضرورة كون كل منهما مدعيا و منكراً ، ففي المقام مثلا يدعي البايع أن ماوقع ثمنا في عقد البيع المخصوص ماءة والمشتري خمسون ، فنزاعهما في تشخيص العقد المشخص في الواقع ، ولاريب في كون كل منهما مدّعيا فيه ومنكرا ، ولعلّه لذا احتمل التحالف الفاضل في كثير من كتبه ، بل عن ولده أنّه صححه ، والشهيد الأوّل اختاره في قواعده ، وإن نسبه في دروسه إلى الندرة .

بل مال إليه هنا في جامع المقاصد قال ماحاصله : إن البايع لما لم يكن إعترافه بالملك مطلقا ، بل كان على وجه إن ثبت ، ثبت به الثمن المخصوص ، كان منكرا لما يدعيه المشتري أيضاً ، ومدعيا عليه ثمناً مخصوصا إقتضاه عقد آخر ، والمشتري ينكره ويدعي عليه ثمنا مخصوصا اقتضاه عقد آخر ، فلاقدر مشترك بينهما محقق قد اتفقا عليه ، كي تتوجه الدعوى حينئذ إلى الزائد عليه وينتفي التحالف الذي ضابطه تنافي الدعويين ، وجمع الدعويين ؛ و إثبات ما اتفقا عليه و أقرّبه المشتري للبايع ، فيبقى الزائد الذي ينكره المشتري فيقدم قوله بيمينه ـ لاوجه له ؛ بعدما عرفت من تشخيص كل من الدعويين بما ينافي الاخرى ، وصيرورتهما به بمنزلة دعوى كل منهما عقدا غير عقد الاخر التي لاريب في التحالف فيها، كما لو قال المالك: آجرتك العين، فانكر الاخر [illegible] بالعكس ، ولا وجه لاحتمال كون القول قول منكر دخول ملك العين لاتفاقهما على ملك المنفعة، فيكون النزاع في الزائد، فالقول قول منكره كما لا يخفى،

ومن ذلك يعلم أن الوجه التحالف فيما لو قال : وهبتني ، فقال : بل بعته بألف ، كما جزم به في التذكرة ، وإن كان في القواعد احتمله وتقديم قول مدعي الهبة مع اليمين ، وفي جامع المقاصد لاريب في أرجحية التحالف ، إلا أن المتجه طرده في جميع المسائل أي التي منها ما في .

المسألة ﴿الثانية :﴾ وهي ما ﴿لو اختلفا في تاخير الثمن وتعجيله ، أو في قدر الاجل ، او في اشتراطه الرهن من البايع على الدرك أو ضمين عنه﴾ فإن الجميع متحدة في المدرك إلا أن المصنف وغيره حكموا ﴿ف﴾يها بأن ﴿القول قول البايع مع يمينه﴾ وقد عرفت اختلاف إبراز الدعوى ، فقد تبرز على وجه التحالف ، أو إنكار البايع أو المشتري ، فتأمل جيدا .

بل قد يقال : إن القول قول مدعي الاقل على أي حال أبرزت الدعوى ، إذا كان المراد اشتغال الذمة بالاكثر ، ضرورة أن أقصاه الاختلاف في السببين ، أي السبب الموجب للاقل ، والسبب الموجب للاكثر ، ولاريب في موافقة الأصل للأول ، فيكون هو المنكر ومن هنا أفتى به الاصحاب من غير خلاف يعتد به في سائر المقامات ، حتى في الجنايات الموجبة للمال ، لو وقع النزاع في السبب الموجب للاقل منها أو الاكثر فلاحظ و تأمل فإن ذلك هو التحقيق في المسألة ، بل هو الذي يوافق صدق المدعي فيها عرفا .

وكيف كان فمحل البحث وثمرته في أصل المسألة إنما هو إذا لم ينفسخ العقد ضرورة ، أنه معه ـ بإقالة أو فسخ بأحد وجوهه أو بتلف قبل القبض ـ لا يظهر للنزاع ثمرة إن لم يكن البايع قبض الثمن ، بل وإن كان قد قبضه إذ هو حينئذ كالدّين في ذمته أو الامانة عنده ، فيقدم قوله في قدره فيه بلا خلاف أجده هنا ، وإن كان يمكن فرض صورة للنزاع بحيث تاتي الوجوه السابقة أو بعضها ، إلا أنها خارجة عن البحث ، كخروج فرض النزاع في تعيين الثمن أنه العبد أو الجارية عنه أيضاً ضرورة تعين التحالف فيه ، بل لفظ القدر و نحوه في النص (١) و الفتوى ظاهر في خلافه ، ومن هنا خص بعضهم

---

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب احكام العقود الحديث ١ ـ ٢

محلّ البحث بما إذا كان في الذمّة، وان كان قد يناقش فيه بأعمّية ذلك من المطلوب، إذ يمكن فرضه في الذمة مع وقوع الاختلاف في تعيينه، بحيث يتعين التحالف فيه، وبأنه يمكن فرضه في المعين أيضاً مع فرض الاختلاف في القدر، كما لو قال بعتك بهذين الدينارين أو الثوبين مثلا، فقال: بل بأحدهما معينا، فان الحكم فيه كالذمة في جريان ماسمعت ومنه يظهر رجوع تفصيل المختلف إلى ما في التذكرة كما عرفت فلاحظ وتأمل،

لكن الانصاف ان المتجه في هذا الفرض ما تقتضيه الاصول، لبعد اندراجه في المنساق من النص والفتوى، كما ان المنساق منهما ايضاً اعتبار قيام العين في يد المشتري في تقديم قول البايع، فلو انتقلت عنه انتقالا لازما كالعتق والبيع والوقف ونحوها، لم يكن القول قوله، ضرورة كون المفهوم حينئذ بناء على ماذكرنا عدم اعتبار قوله إذا لم تكن العين قائمة في يد المشتري؛ فيندرج فيه الفرض لذلك، لا لان الانتقال اللازم تلف حكمي، حتى يرد عليه منع كونه كذلك، وإن من الجائز كون العلة التلف الحقيقي الذي يمتنع معه الرجوع إلى العين في اعتبار ما يدعيه؛ من ان الحكم إنما تعلق في تقديم قول البايع على قيام العين من غير اعتبار بالعلة، و هو متحقق مع انتقالها عن ملكه بأي وجه فرض.

لكن قد عرفت اندفاع ذلك كله، بناء على ماذكرنا، بل منه يظهر الحال في غير اللازم من الانتقال كالبيع في زمن الخيار ونحوه نعم لو كان قد فسخ قبل التنازع إتجه حينئذ تقديم قول البايع، لصدق القيام في يده، أما مع عدمه فالمتجه ما ذكرناه إقتصاراً على المتيقن فيما خالف الاصل، ولذا كان المتّجه كما في المسالك فيما لو تلف بعض المبيع تنزيله منزلة تلف المجموع، لابقاؤه، ولا إلحاق كل جزء بأصله، ويؤيده عدم صدق قيام عين المبيع الذي هو مناط تقديم قول البايع.

ولو امتزج المبيع بغيره فان بقي التميز، فعينه قائمة، و إن لم يتميز ففي المسالك احتمل بقاؤه كذلك لانه موجود في نفسه، و إنما عرض له عدم التميز من

غيره ، والمفهوم من قيام عينه وجوده ، خصوصا عندمن جعل التلف فى مقابلته ،فانّه ليس بتالف قطعاً ، و فيه أن المنساق من القيام غيره ممايظهر عينه للحسّ ويمكن إرجاعه ، فالمتجه الاقتصارعليه ، هذامع مزجه بجنسه بحيث لايخرج به إلى حقيقة أخرى ،كالزيت يخلط بمثله ، والنوع الواحد مـن الحنطة بمثله . أمّا لوخلط بغير جنسه بحيث صاراحقيقة أخرى كالزيت يعمل صابونا ، فإنه حينئذبمنزلةالتالف . والله أعلم .

المسألة ﴿ الثالثة : لواختلفا فى ﴾ قدر﴿ المبيع فقال البايع : بعتك ثوبا ﴾ بدرهم مثلا﴿ فقال﴾ المشترى: ﴿ بل ثوبين﴾ أوقال البايع : هذا الثوب بكذا ، وقال المشتري : ذلك مع ثوب آخر معين به ﴿ فالقول : قول البايع أيضاً﴾ لاصالة عدم انتقال غيرما اعترف به ، ولذاكان القول قول المشتري فى قلة الثمن ، والبايع فى كثرته عند من عرفت لولاالخبر المزبور(١) المفقود فى الفرض ؛ والتحقيق إتيان البحث السابق هنا إذلانص" فى المقام يعارض مايقتضيه الاصل ، فيبقى البحث فى تعيين مقتضاه من تقديم مدّعى الاقل أوالتحالف أوغيرهما ، وقدتقدم الكلام فيه مفصلا .

نعم هذا إذاكان الاختلاف فى المبيع من حيث القدر﴿ و﴾ أما إذاكان من حيث التعيين كما﴿ لوقال﴾ البايع : ﴿ بعتك هذا الثوب ﴾ بكذا﴿ فقال﴾ المشتري :﴿ بل هذا فهنادعويان﴾ لاقدرمشترك بينهما﴿ فيتحالفان﴾ على نفى كل من قولهما ﴿ ويبطل دعواهما﴾ لحصول ضابط التحالف ؛ ويترادان ، كما فـى النبوي (٢) « المتبايعان إذ اختلفا ، تحالفا وترادا » وكذالونكلامعاويبتدء باليمين من ادعي عليه أولا ، كما فى المسالك فى نحو ذلك ، ، بل هو مقرب التذكرة ، و نفى عنه البعد فى جامع المقاصد ، ولوتساويا فى إبراز الدّعوى ، فإن قلنا بتقديم من كان على يمين صاحبه ،

---

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب احكام العقود الحديث ١-٢

(٢) سنن البيهقى ج٥ ص ٣٣٣

إتّجه ، حينئذ اليمين على الآخر . وإلافالقرعة ، لكن في الدروس البادي باليمين من يتفقان عليه فان اختلفا عيّن الحاكم ، وفي القواعد في نحوالمقام إحتمال استحباب تقديم البايع ، والمشتري ، والتساوي فيقرع ، ولعل ماذكرناه أولى.

وعلى كل حال فالظاهر أن اليمين على النفي لاجامعة بينه وبين الاثبات ، وإن احتمله في القواعد،ووجّه بأنه أفصل للحكم وأسهل للحاكم ، إذقد ينكل أحدهما فيغنى عن ردّها تلك اليمين ، مضافا إلى ماورد من النهي عن تكرارها(٢)وفيه ان يمين الاثبات بعدالنكول فلاتتقدم عليه كي تجدي في السقوط عندالتوجه .

و على كل حال فاذا حلفا سقطت الدعويان عندنا كما في التذكرة قال : « كما لوادّعى على الغير بيع شيء أوشرائه ، فأنكر و حلف ، سقطت الدّعوى ، و كان الملك باقيا على حاله ، ولم يحكم بثبوت عقدحتى يحكم بانفساخه ، ومن ذلك نسب إليه في المسالك القول بالبطلان من الاصل بعد التحالف ، وأنه ينزل البيع منزلة المعدوم ، خلاف مااختاره في القواعد والدروس ، من أنه حين التحالف ، أوالفسخ ، لامن الاصل.

وكيف كان فيشكل باتفاقهم على وقوع عقد ناقل للثمن أوالمثمن ، وإن اختلفا في تعيين الاخرمنهما ، ومن هنا إتجه جعل البطلان من الحين في المتفق عليه ثمناً أو مثمنا ، وأماالمختلف فيه منهمافالمتجه فيه ماذكره من البقاء على الملك وحينئذ فكل من إطلاقه في التذكرة والقواعد غيرجيّد ، وتظهرفائدة القولين في النماء ، و فيما لووقع التحالف بعدانتقال العين بعقد لازم كالبيع وشبهه ، أوالخروج عن الملك بعتق أووقف ونحوهما ، فعلى الاول يبطل العقود وغيرها ، ويرجع العين إلى صاحبها، وبه قطع في التذكرة تفريعا على أصله ، وعلى الثاني يرجع إلى القيمة يوم الانتقال، وبه قطع في القواعد تفريعا على أصله ، وأماالتلف فيرجع معه بالقيمة.

وعلى كل حال ولعل الذى ألجأ الفاضل في التذكرة إلى ذلك ، هوتلازم حال

---

(١) المستدرك ج ٣ص ١٩٩

الثمن والمثمن ، فاذا فرض أن أحدهما باق على حكم الملك ،كان الآخر كذلك ، ويدفعه جواز اختلافهما في الحكم الظاهري ، وإن تلازما في الحكم الواقعي ، و كيف كان فالمراد من البطلان من الاصل أو من الحين ، هو جريان حكم ذلك عليه ، وأنه يكون حينئذ بمنزلة ما لم يجر عليه العقد ، لأنه كذلك حقيقة ، ولكن قال في المسالك بعد البحث في ذلك : «الظاهر أن العقد يبطل بمجرد التحالف وإن لم يفسخه فاسخ و به قطع في التذكرة محتجا بما تقدم ، من أن يمين كل منهما يسقط دعوي الاخر ، فيكون الملك باقيا على حاله ، ولم يحكم بثبوت عقد ، حتى يحكم بانفساخه وهذا على القول ببطلانه من أصله ، وأما على القول ببطلانه من حينه ، فالظاهر أنه كذلك ، لانتفاء دعوي كل منهما بيمين صاحبه ، فينفسخ حينئذ ، ولان إمضاؤه على وفق اليمينين متعذر ، وعلى وفق أحدهما تحكم ، وهو ظاهر فتوي القواعد» قلت : ذلك كله لا يقتضي الانفساخ باطنا للعقد اللازم الذي أقرّا به و توافقا عليه ، و تعذر تسليم الثمن أو المثمن ظاهرا أخيرا لا يقضي به .

نعم قد يقال : بتسلط المحق منهما على الخيار في وجه تسمعه إن شاء الله تعالى ومما يؤيد ذلك ما ذكر في التذكرة وغيرها قال فيما نحن فيه : « إذا حلف البايع على نفي ما يدعيه المشتري بقي على ملكه ، فان كان في يده ، وإلا انتزعه من المشتري ، وإذا حلف المشتري على نفي ما يدعيه البايع ، و كان الثوب في يده ، لم يكن للبايع مطالبته به لانه لا يدعيه ، و إن كان في يد البايع لم يكن له التصرف فيه ، لانه معترف بانه للمشتري ، وله ثمنه في ذمته فان كان قد قبض الثمن رده على المشتري وله أخذ الثوب قصاصاً ، كما أن له ذلك أيضاً إذا لم يكن قد قبض الثمن ، فان زادت قيمته فهو مال لا يدعيه أحد » و هو كالصريح في خلاف ذلك كله ، ضرورة أنه لاوجه للمقاصة مع فرض الانفساخ ، و ظاهر الدروس التردد ، في ذلك ، كالمحكي عن الشافعي قال : « إذا حلفا أو نكلا إحتمل أن ينفسخ العقد إذ إمضاؤه على وفق اليمينين متعذر ، وعلى وفق أحدهما تحكم ، أي فيكون ذلك بمنزلة عدم وقوع البيع على أحدهما واقعاً ، تنزيلا للظاهر منزلة الواقع ، كما هو مقتضى

قوله عليه السلام «ترادا»، و يحتمل أن يتزلزل فيفسخه المتعاقدان أو أحدهما أو يرضى أحدهما بدعوى الاخر، أو يفسخه الحاكم إذا يئس من توافقهما وامتنعا من فسخه، لئلا يطول النزاع» إلى أن قال: «ثم إن توافقا على الفسخ، أو فسخه الحاكم، إنفسخ ظاهرا وباطناً، وإن بدر أحدهما فان كان المحق فكذلك، وإلا إنفسخ ظاهراً»

قلت: لاريب أن المتجه على مقتضى الضوابط الشرعية عدم الانفساخ بالتحالف بل ولايتسلط الحاكم على ذلك. نعم إن توافقا عليه، و إلا فالظاهر إنحصار الخيار في المحق على إشكال في بعض الاحوال؛ وهو حال ما بعد القبض، بل قد يقوى عدمه. فيتجه حينئذ المقاصة على احكامها، هذا كله بحسب الواقع، والا فالحكم الظاهري قد عرفت الحال فيه.

نعم قد يقال: إن للغير التصرف في كل من الثوبين مثلا و شرائهما، بل والثمن الذي يرجع إلى المشتري منهما أيضاً وإن علم ان الواقع ينافي ذلك، إلا ان الظاهر عدم اعتبار مثل هذا العلم في المنع عن العمل بما يقتضيه الحكم في الظاهر، وله نظائر كثيرة في الفقه، منها ـ العين المقسومة بين إثنين، لتعارض البيّنتين مثلا. بل ومع العلم بأنها لواحد منهما، إذا لم نقل بالقرعة. فان للغير شراء الجميع من كل واحد منهما وإن علم أن أحدهما غير مالك للنصف، إجراء للحكم الظاهري، بل إن لم يكن إجماع جرى مثله في النكاح لوفرض التداعي بين السيد مثلا و آخر في تزويج أمته، فقال السيد: هذه وقال الاخر: بل هذه، وتحالفا، فإن للغير التزويج بهما، وإن علم أن إحداهما ذات زوج عملا بالحكم الظاهري.

وكيف كان فلاينبغي منع كل واحد منهما من التصرف فيما وصل إليه بعد التنازع. وإن تردد فيه في الدروس من قيام الملك وتوقع زواله، فهو كالزائل قال: «وأولى بعدم الجواز بعد التحالف، لتاكد سبب الزوال» و فيه ماعرفت، اللهم إلاأن يريد بحسب ظاهر الحال؛ وقلنا: بعدم الحاجة إلى حكم الحاكم بعد التحالف و إلافلو تصرف المحق منهما فيما له على وجه لايكون فيه هتك للحكم الظاهري، أمكن القول بالجواز، للعمومات التي لاينافيها ذهاب اليمين بما فيها في الظاهر.

نعم لو قلنا بالانفساخ منعا قطعاً ، كما أنه مما قد ما يظهر لك الحال فيما ذكره فيها أيضاً من أنه لو تحالفا بعد هلاك العين ، ضمن مثلها أو قيمتها يوم الهلاك على الاقرب ولو عابت فأرشها ، ولو أبق فالقيمة للحيلولة ، ثم يترادّان إذا عاد ، وإن رهن أو آجر أو كوتب فالعقود باقية ، وينتقل إلى القيمة في الكتابة ، وفي الرهن والاجارة وجهان ، مبنيان على الحمل على الكتابة ، او الاباق ، ولو رضي صاحب العين بتاخير الاخذ إلى فك الرهن ، او فراغ الاجارة ، احتمل إجابته إن تسلم العين او أسقط الضمان وجوزناه و الالم يجب

وفي المسالك « أنه لو وجد العين أي التي وقع التحالف على ثمنها مستأجرة أو مرهونة ، انتظر انقضاء المدّة أو الفك ، وفي تخيره بينه وبين القيمة معجلة ، وجه » و في القواعد « لو كان المبيع أي الذي اختلف في ثمنه تالفا وجبت القيمة عند التحالف يوم التلف ، ويحتمل يوم القبض ، ولو تلف بعضه أو تعيب ، أو كاتبه المشتري أو رهنه أو ابق أو آجره ، رجع بقيمة التالف وأرش المعيب وقيمة المكاتب والمرهون والآبق والمستأجر ، وللبايع استرجاع المستأجر ، لكنه يترك عند المستأجر مدّة الاجارة والاجرة المسماة للمشتري ، وعليه أجرة المثل للبايع ، ولو زالت الموانع - بأن عاد الآبق أو فك أو بطلت الكتابة بعد دفع القيمة ، - فالاقرب عود ملك البايع إلى العين ، فيستردّ المشتري القيمة » وبعض ماذكره لا يخلو من بحث ، كما أن ماذكره فيها من أنه لو اختلفا في قيمة التالف بعد التحالف رجعا إلى قيمة مثله موصوفاً بصفاته . فإن اختلفا في الصفة قدم قول المشتري مع يمينه ، أي إن كان هو المنكر كذلك أيضاً ؛ بل في المسالك « أنه قد أغرب في ذلك وهو بأصول العامة أليق ، نظرا إلى أن الوصف تفيد أهل الخبرة الظن بالقيمة ، فيكون مناسبا لرفع النزاع »

قلت : لاريب أن المتجه على أصولنا كما في الغصب وغيره تقديم منكر الزيادة ، لعموم قوله « واليمين على من أنكر »(١) ولان للاعيان خصوصيات لا تعرف إلا بالمشاهدة ،

---

(١) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى الحديث ٣

ولاتفى الاوصاف بالقيمة كما هو واضح .

ثم إن الظاهر جريان التحالف فى زمن الخيار المشترك ، واحتمل في الدروس عدمه ، لانهما يملكان الفسخ ، لكن إستوجه الاول مالم يفسخ أحدهما ، قال :«و الغرض من اليمين نكول الكاذب ، ودوام العقد باحلاف الصادق ، فان حلفا فالفسخ أمر ضروري ، شرع لتعذر إمضاء العقد ،وعليه يتفرع التحالف في المضاربة ، ويجرى التحالف في ساير العقود الجارية على هذا النمط، وتنقيح هذه المباحث محتاج إلى إطناب تام . فلعل الله يوفق له »

(ولو اختلف ورثة البايع وورثة المشتري) في القدر *(كان القول : قول ورثة البايع في المبيع وورثة ا لمشتري في الثمن)* وإن كانت عين المبيع قائمة لما عرفت من كون القول : قول مدعي الاقل في الثمن والمثمن، خرج من ذلك للنص (١) والفتوى صورة مالو كان النزاع بين البايع نفسه و المشتري كذلك مع قيام عين المبيع ، دون غيرها من الصور التي منها محل البحث، حتى صورة النزاع بين أحدهما ووارث الاخر، ودعوى أن كل ماكان للمورث ينتقل للوارث مسلّمة في المال والحقوق التي تنتقل ، بخلاف محل الفرض الذى هو من الاحكام لامن الحقوق ، فما عن جماعة من أن حكم الوارث حكم المورث مطلقا في غير محله ، وإن استحسنه في المسالك . والله العالم .

المسألة *(الرابعة : إذا قال)* البايع مثلا :*(بعتك)* مالي *(بعبد)* وشبهه مما يصح ثمنا *(فقال)* المشترى : *(بل بحرّ او)* قال : *(بخلّ فقال : بل بخمر)* او نحو ذلك مما لايصح ثمنا *(اوقال)* البايع مثلا: *(فسخت قبل التفرق وانكر الاخر،* فالقول : قول من يدعي صحّة العقد *(وبقاؤها)* *(بيمينه)* للاصل: بمعنى الظاهر، او القاعدة ، اوالاستصحاب؛ *(و)* حينئذ فيكون *(على الاخر البيّنة)* بلاخلاف معتدّ به اجده ، لكن في الكفاية فيه نظر، ولعله لاعمية أصالة الصحة من كون المبيع عبداً ، و

لاصالة عدم العقد الصحيح ، فيكون كانكار البيع ، ولان أصالة صحة العقد إنّما هي بعد استكمال أركان العقد ليتحقق وجوده ، أمّا قبلها فلا وجود له ،والشك في المثال إنما هو في المعقود عليه الذي هو أحد أركان العقد ، وفيه إن ذلك من توابع العقد الصحيح الذي شخصه الاصل في المقام ، فهو في الحقيقة من لوازم خصوص هذا العقد من البيع ، لا مطلق عقده ، ومن الواضح الفرق بين المقام المعلوم وقوع العقد فيه ، و بين إنكار البيع فلا يقاس أحدهما على الاخر والعقد الاعم من الصحيح و الفاسد ، فتحققه لا يتوقف صدقه على كون المعقود عليه مما يصح العقد عليه، وإنّما يتوقف عليه الصحيح منه لا أصله ، فمع التنازع فيه كما في المثال لا إشكال في جريانها كما هو واضح بأدنى تأمّل .

ومن ذلك يعلم ما في الحواشي المنسوبة للشهيد على القواعد قال في الشرح نحو المتن : « هذا مخالف لما قاله الاصحاب و المصنف ، من قبول قول المشتري في مثل ذلك وإنّما هذا من فروع المخالفين ، حتى لو أراد دعوى الفسخ ؛ إذ الفاضل والمصنف وغيره قدّ موا قول منكره للاصل، وإن كان قد احتمل في القواعد في بحث خيار المجلس تقديم قوله ، لانه أعرف بنيته ، ولاريب في ضعفه بعد حمل النية في كلامه على الفعل ، بقرينة وضوح عدم مدخلية النية».

وكيف كان فالتحقيق ما عرفت نعم قد يتجه تقديم مدعي الفساد لو كان الاختلاف في حرّية المعين ثمناً أو مثمنا ورقيته ، ولم يكن سبيل إلى معرفتها ،فإنّ أصل الصحة لا يشخص الرقية هنا قطعاً ، وكذلك الخلّية و الخمرية ، فيبقى أصل عدم النقل وأصل البرائة معاضداً لمدعي الفساد،فيكون القول : قوله بيمينه ، ولعل هذا هو مراد ثاني الشهيدين في مسالكه،قال : «وربما يستشكل الحكم مع التعيين ، كبعتك بهذا العبد ، فيقول :بل بهذا الحرّ،فإنّ منكر نقل العبد إن كان هو المشتري فهو ينفي ثبوت الثمن في ذمته وإن كان هو البايع فهو ينفي إنتقال عبده عنه ، فالأصل معهما في الموضعين ،

ولانه يرجع إلى إنكار البيع ، فيقدم قول منكره» .

نعم لو لم يعيّنا في الصورتين توجّه ماذكر، إن كان لايخلو من بعد، إلّا أنه أولى من حمله على إرادة الفرق بين الكلي والمعين ،ولو مع اختلاف المتبايعين فيه ،بأن قال البايع مثلا: بعتك بهذا العبد مشيراً إلى معلوم العبودية ، و قال المشتري : بل بهذا الحرّ مشيراً أيضاً إلى معلوم الحرّية، لعدم مايصلح فارقا كما هو واضح بأدنى تأمّل .

ولو قال البايع مثلا: بعتك وأنا صبي ّ فأنكر المشتري وقال : بعتني وأنت بالغ ففي القواعد « احتمل تقديم قول مدّعي الصحة مع يمينه ، و تقديم قول البايع ، لأصالة البقاء» ثم قال : «ولو قال: كنت مجنوناً ولم يعلم له سبقه ،قدم قول المشتري بيمينه والا فكالصبي » و ظاهره التوقف ، كالتذكرة و التحرير ، و الدروس في المقام والا قرار،وإقرار جامع المقاصد بل في إقرار الثاني « أنّ الصبي ّ يحلف » لكن في الجامع هنا«أنّ الاحتمال الثاني في غاية الضعف . لأن أصالة البقاء مندفعة بالاقرار بالبيع المحمول على البيع الصحيح شرعاً ،فإن صحّته تقتضي عدم بقاء الصبوّة فلايعدّ معارضاً ، كما لايعدّ إحتمال الفساد معارضاً لأصالة الصحة في مطلق الاقرار بوقوع عقد البيع ، فإن قلت : أصلان قد تعارضا ، للقطع بثبوت وصف الصبوّة سابقاً قلت : قد انقطع هذا الأصل بالاعتراف بصدور البيع المحمول على الصحيح ،كما يحكم بانقطاع أصالة بقاء ملك البايع ،بالاعتراف بصدور البيع لو اختلفا في صحته و فساده،ولو ثبت في هذه المسألة تعارض الأصلين ، لثبت تعارضهما فيما لو قال: تبايعنا، وادّعى أحدهما الفساد ،والفرق غير واضح ، وكون الصبوّة مستمرة لادخل له في الفرق» ثم قال في شرح قوله ولو قال: كنت مجنونا إلى آخره :«أي فيجيء فيه إحتمال تقدم جانب الصحة ، لأنها الأصل ، والفساد لأصالة بقاء مقتضيه ،وليس بشيء ؛ لانقطاع هذا الأصل كما قررناه في المسألة السابقة».

قلت : سومناف لماذكره في شرح قول الفاضل في باب الضمان ، لايصح ضمان

الصبي" وإن أذن له الولي ، فإن اختلفا قدّم قول الضامن ، لأصالة براءة الذمة وعدم البلوغ، وليس لمدعي الأهليّة أصل يستند إليه، ولا ظاهر يرجع إليه ، بخلاف ما لو ادعى شرطا فاسدا، وكذا البحث فيمن عرفت له حالة جنون ،قال:أي « وإن اختلف الضامن والمضمون له في وقوع الضمان حال الصبا أو حال الكمال . قدّم قول الضامن في أنه كان صبياً وقت الضمان ، لأن الأصل براءة الذمة ، فيستصحب ، وكذا أصل عدم البلوغ ،وليس لمدعي أهلية الضمان حال وقوعه أصل يستند إليه ، ولا ظاهر يرجع إليه يكون معارضاً للأصلين السابقين ،فإن قيل : له أصالة الصحة في العقود ، وظاهر حال العاقد الآخر أنه لا يتصرف باطلا قلت: الأصل في العقود الصحّة بعد استكمال أركانها ، ليتحقق وجود العقد ، أمّا قبله فلا وجود للعقد، فلو اختلفا في كون المعقود عليه هو الحرّ أو العبد ، حلف منكر وقوع العقد على العبد ،و كذا الظاهر إنما يثبت مع الاستكمال المذكور ؛ واعترف شيخنا الشهيد في حواشيه بوجود أصالة الصحة في العقود ، لكن بمعارضة أصالة الصبى يتساقطان ، ويبقى أصل البراءة سليما عن المعارض ، فكأنه لا أصل له ، و ماذكرناه أثبت »

ثم إنّه في شرح قوله بخلاف إلى آخره قال: « لأن الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلا، وحيث كان المتعاقدان كاملين تحقق الظاهر المذكور .وأصالة صحة العقود »وشرح قوله وكذا البحث إلى آخره «أي ماسبق في الاختلاف في وقوع الضمان حال الصبا والبلوغ آت فيما عرف له حال جنون بعين ماذكر،لكن لو حصل الاختلاف في وقوع العقد في يوم الجمعة وكان فيه كاملا، وفي يوم الخميس قبله وكان باتفاقهما صبياً أو مجنوناً؛ فهل هو كما سبق ؟أو يحتمل بأصالة عدم التقدم، كل ممكن» إنتهى وهو كما ترى .

والتحقيق عدم الفرق بين البيع والضمان في تقديم مدّعي الصحة ،لأصالتها القاطعة جميع هذه الأصول ، بل هو كذلك وإن لم يعترف بأنه باع ثم ادّعى أنه كان صبيا ، ويكفي ثبوت أصل الفعل فيه ولو ببيّنة ، ثم يصححه الأصل ،

ومن الغريب دعوى تخصيصه أصالة الصحّة بمابعد استكمال الاركان التى منها المعقود عليه ، مع أنّه لم يعرف خلاف فى أن القول : قول مدّعي الصحة فيما لو تنازع المتعاقدان الكاملان في وقوع العقد على مايصح ، أوما لايصح ، وقد كان ماهو فيه من تقديم قول الصبي* فى مسألة الضمان مستغنيا عن هذه الدعوى ، وكان يكفى فيه دعوى عدم تحقق موضوع أصالة الصّحة ، وهو فعل المسلم الكامل ، وإن كان يدفعه منع كون الموضوع ذلك ، بل الاصل فى الفعل نفسه* الصحة ، وإنما يمنع منها عدم الكمال فمع عدم تحققه والفرض وقوع الفعل ؛ يحكم بصحته حتى يتبين خلافه ، إلا انه لايخلو من نظر فتامل جيداً

﴿ النظر الخامس : في الشروط ﴾

المذكورة في متن العقد دون مابعده بل و ماقبله ، إذا لم يكن بناء العقد عليه و إلافالصحة فيه قوية جدّاً ، وعلى كل حال فالمراد بها المرسومة فيه زائداً على الثمن و المثمن على وجه الالتزام ، دون التعليق الذى لاإشكال في البطلان معه وإن كان بلفظ الشرط ، من غير فرق بين كون المعلق عليه محقق الوقوع فى مستقبل الازمنة أولا ، لالأنه ينافى قصد إنشاء النقل والانتقال والرضا بهما لامكان منعه ، خصوصا بعد مشروعية التدبير والنذر ونحوهما من الانشاء المعلق بل لانه مناف لماهو المعلوم من الشرع من تسبيب هذه الصيغ و ترتب الاثار عليها بمجرّد تمامها ، فالتعليق المقتضى لتأخر الاثار، وعدم إعمال السبب مقتضاه مناف لذلك .

ومنه يعلم أنه لايقدح صورة التعليق بعد العلم بإرادة الالتزام منها ،لاحقيقته المنافيه لماعرفت ، بل ولايقدح منه ماكان نحو بعتك إذاكانت الشمس طالعة مع

العلم بالطلوع ، وإن كان هو ظاهر بعضهم ، لكونه تعليقا في الظاهر والشك في السببية معه ، إلا أنه كما ترى . نعم لايبعد البطلان مع الشك . لاقتضائه توقف عمل السبب بعد تمامه على غيره مما لامدخلية له في تسببه مع احتمال الصحة لكون التعليق فيه للعلم بترتب الاثر ، لا للاثر نفسه ، فتأمل جيداً .

ولاخلاف كما لا إشكال في قبول عقد البيع وغيره من العقود اللازمة ، الشرائط في الجملة ، والنصوص مستفيضة فيه أومتواترة (١) بل لعل إطلاق الامر بالوفاء بالعقود (٢) « والتجارة عن تراض » (٣) كاف إلا أن منها ماليس بسايغ ، ومنها ما هو سايغ ﴿وضابطه﴾ كما في القواعد واللمعة والروضة وغيرها ، بل عن ابي العباس نسبته إلى علمائنا . ﴿مالم يكن مؤدّيا إلى جهالة المبيع أو الثمن﴾ كاشتراط تاجيل أحدهما مدة مجهولة ﴿ولا مخالفا للكتاب والسنة﴾ ضرورة وضوح بطلان الثاني، وكذا الاوّل بعد ماعرفت من اعتبار المعلومية فيهما ، بل هو مندرج في الثاني ، ولذا إقتصر في النصوص على استثنائه ففي الصحيح (٤) «المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله تعالى فلايجوز » و آخر (٥) « من اشترط مخالفا لكتاب الله عزوجل فلايجوز على الذي اشترط عليه والمسلمون عند شروطهم فيما يوافق كتاب الله عزوجل» والخبر (٦) «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرّم حلا لا أو حلّل حراماً »

لكن يظهر من جماعة منهم الفاضل في القواعد أن من المخالف للمشروع إشتراط ماينافي مقتضى العقد ،كشرط عدم البيع أو الهبة أو العتق أو الوطي أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن ، أو نحو ذلك ، بل في الغنية من الشروط الفاسدة بلاخلاف ،

---

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الخيار والباب ١٥ من ابواب الحيوان و الباب ٤ من ابواب المكاتبة وغيرها.

(٢) سورة المائدة الاية ١

(٣) سورة النساء الاية ٢٩

(٤) (٥)(٦) الوسائل الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث ٢-١-٥

أن يشترط مايخالف مقتضى العقد ، مثل أن لا يقبض المبيع ولا ينتفع به .

وعن جماعة أن ضابط المنافي كل مايقتضي عدم ترتب الاثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو هو يقتضيه ورتبه ، وقد يشكل باشتراط عدم الانتفاع بالمبيع مثلا زمانا معينا ؛ فان مقتضى إطلاق العقد إطلاق التصرف فى كل وقت ، وباشتراط إسقاط خيار المجلس والحيوان ، وماأشبه ذلك مما أجمع على صحة إشتراطه كمافى المسالك ؛ واحتمال إرادة مالم يجعل العقد إلا لاجله من المقتضى كانتقال العوضين فى البيع الذي هو الاثر الحقيقي له ، ينافي منع إشتراط عدم البيع و نحوه مما سمعت منعد ، لانه مناف .

ومن هنا قال فيجامع المقاصد« الحاسم لمادّة الاشكال أن الشروط على أقسام، منها - ماانعقد الاجماع على حكمه من صحة وفساد ، فلاعدول عنه ، ومنها - ماوضح فيه المنافاة للمقتضى، كشرط عدم الضمان عن المقبوض بالبيع ، أووضح مقابله ، ولا كلام فى إتباع ماوضح ، و منها - ماليس واحدا من النوعين، وهو بحسب نظر الفقيه» لكن لا يخفى عليك أن ماذكره غير حاسم ، والاولى الاعراض عن هذه العبارة ، والرجوع إلى ماسمعته من الكلية المنصوصة التى يندرج فيها جميع ما يشك فى جوازه ، فيكون ذلك حينئذ هو المدار .

لايقال : إن فيها إجمالا أيضاً إذلا يدرى ماالمراد بالحلال والحرام ، أهو ماكان كذلك بأصل الشرع من دون توسط العقد ، أومايعم ذلك ؟ فان أريد الاول ، نافى مانصّوا عليه من بطلان اشتراط عدم البيع ونحوه ، إذلامانع فى الشرع من كون الشيء مملوكاً ولايباع أولايوهب مثلا،وإن أريد الثاني ،ففيه أوّلاأنه مناف لماذكروه ،بل قدعرفت دعوى الاجماع عليه في المسالك من صحة اشتراط عدم الانتفاع مدّة ، وإسقاط خيار المجلس وإسقاط خيار الحيوان ونحوها مماعرفت ، مضافاً إلى ماتسمعه من النصوص الآتية فى جواز بيع الأمة بشرط عدم البيع والهبة ، المستلزم لحرمتهما بعد

الشرط، مع أنهما حلال بواسطة العقد ، بل ظاهر هذا النصوص جواز اشتراط المنع من غيرهما إلا الإرث خاصة من بينها ، وثانيا المنع من الهبة مثلا الباطل اشتراطه، لكونه محرّماً ، حلالاً بواسطة العقد ، وإن أريد به بالنسبة إلى العقد المعرّى عن الشرط . فهو وارد في كل شرط، لأنه مخالف لمقتضى العقد الخالي منه ، وإن أريد بالنسبة إلى العقد المتضمن له فهو غير واضح، لأنا نقول : لا يخفى رجحان إرادة الأول ،لانسياق حصول صفة الحل والحرمة قبل العقد ذي الشرط منه ، فالمراد تحريم ما كان حلالا بأصل الشرع ، أو بالعكس كاشتراط عدم الإرث ممن يرثه أو شرب الخمر أو الزنا و نحوها، بل التأمل الجيّد يقضي بكون المراد بذلك بيان ان الشرط من الملزمات بكل ما هو جائز للمكلف فعله أو تركه ، وأنه ليس مؤسساً للحكم الشرعي و مثبتاله، حتى يكون محللا للحرام أو بالعكس، فيكون الضابط حينئذ في السايغ منه ما كان جايزاً للمشترط عليه قبل الاشتراط وانما أريد بالشرط الالزام به وغيره مالم يكن كذلك ، و مقتضى ذلك جواز إشتراط عدم البيع أو الهبة او الوطيء أو نحو ذلك ضرورة أن المشترط عليه مع قطع النظر عن الشرط ترك ذلك كله .

أللهم إلا أن ينعقد إجماع على عدم الجواز وهو محل شك، بل قد يقوى الظنّ بخلافه ، خصوصاً بعد استدلال جماعة علي البطلان بالمنافاة لمقتضى العقد الذي هو كما ترى ؛ وخصوصاً بعد أن سئل الصادق عليه السلام في الصحيحين (۱) «عن الشرط في الأمة لا تباع ولا توهب فقال :يجوز ذلك غير الميراث ، فإنها تورث ، لأن كل شرط خالف الكتاب باطل» وفي الاخر (۲) «وهو مردود » ونحوهما غيرهما ، وهما مع صراحتهما بجواز اشتراط عدم البيع والهبة ؛ قد اشتملا على الإستثناء المشعر بما ذكرنا من تفسير الحلال والحرام .

نعم لا ريب في بطلان منافي مقتضى العقد بمعنى عوده عليه بالنقص ، كاشتراط عدم الملك في المبيع ، بل هو عند التأمّل راجع إلى الضابط الذى عرفت ، كما أنّ

(۱) (۲) الوسايل الباب ١٥ من ابواب الحيوان الحديث ١-٢

البطلان في الشرط العائد إلى جهالة المبيع أو الثمن لا إشكال فيه ، بعد النهي عن بيع الغرر (١) الشامل لمحل الفرض قطعاً .

نعم قد يتوقف في بطلان المجهول من الشرط مع الأول إلى العلم اذا لم تكن جهالته مؤدية إلى جهالة الثمن أو المثمن ، لعموم دليل الشرطية بلا معارض ، ضرورة إختصاص دليل المنع بغير الشرط ودعوى - إلحاق أحكام المبيع و الثمن له ، لاندراج كل شرط في اسم كل عقد وقع فيه - واضحة المنع ، بعد صحة السلب عنه ، ولا دليل على المساوات في الحكم ، كدعوى استلزام جهالة الشرط ، الجهالة فيهما لأن له مدخلية فيهما ، إذ لا شاهد لها في العرف واللغة والشرع ، ومدخليته التي هي بمنزلة الداعي لا تقتضي ذلك قطعاً ، ولا يندرج بسببها في دليل منع الجهالة في الثمن والمثمن كما هو واضح ، فهو حينئذ قسم من الملزمات مستقل برأسه وإن اعتبر في إلزامه وقوعه في ضمن عقد لازم ، ولذا صح اشتراط ما لا يصح وقوع العقد المشترط فيه عليه ، كاشتراط المنفعة ونحوها في عقد البيع ، والعين في عقد الإجارة و تصفح ما ذكره الأصحاب من صحة اشتراط الرهن والضامن والعتق ونحو ذلك ، مع أن في مطلقها جهالة لا تغتفر في نظيره في البيع .

أما إذا كان جهالة لا تئول إلى العلم ، إتجه البطلان لأنه مثار النزاع ، ولم يعهد نظيره في الشرع بل المعلوم منه خلافه ، بل قد يقال - إن لم يكن إجماع على مثل هذا التسامح في الأول - بعدم الجواز أيضاً ، لأن دليل المنع وهو النهي (٢) عن الغرر في البيع ، شامل لعقد ذي الشرط المفروض فيه الغرر ، وإن لم يصدق على الشرط أنه مبيع أو منه ، أو ثمن أو منه ، ضرورة كون المراد النهي عن الغرر في عقد البيع ، ولو بالنسبة إلى ما فيه من الشرط ، كما هو واضح ، نعم لا يثبت في الشرط الاحكام الثابتة للمبيع مثلا من حيث كونه كذلك لعدم صدقه عليه ، لا الثابتة للعقد الشامل للمشروط وغيره والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فقد بان لك من ذلك كله أنه لا إشكال في أنه ﴿يجوز أن يشترط

---

(١) (٢) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب آداب التجارة الحديث ٣

ما هو سائغ داخل تحت قدرته ، كقصارة الثوب وخياطته ﴾، وحياكته إلا أنه بناء على اعتبار المعلومية ، لابد من بيان الثوب وكيفية الخياطة ﴿و﴾ نحو ذلك مما يرتفع به الجهالة، كما أنه لا إشكال في أنه ﴿لا يجوز اشتراط مالايدخل في مقدوره ، كبيع الزرع على أن يجعله﴾ المشتري أو الله ﴿سنبلا والرّطب على أن يجعله تمرا ، ولا بأس باشتراط تبقيته﴾ لدخولها تحت القدرة ، وفي المسالك وغيرها ، وهل يشترط تعيين المدّة أم يحال على المتعارف من البلوغ؟ لأنه مضبوط عرفاً كما إذا لم يشترط ، الظاهر الاكتفاء بالثاني ، وإطلاقهم يدل عليه ، قلت : كما أنه يدل على ماذكرنا من التسامح في الشرط، وربما فرق بين أخذها شرطاً وعدمه ، فيعتبر ضبط المدّة في الأول دون الثاني ، وهو جيّد بناءً على عدم اغتفار الجهالة في الشرط ، وعلى أن التبقية عند عدم الاشتراط من دليل آخر ، لا من انصراف إطلاق العقد وإلا كان كالشرط مع إمكان منعه ، ضرورة وضوح الفرق بين مايستفاد من الانصراف و بينه من الشرط ، في صدق الغرر في عقد البيع ولو بالنسبة إلى مافيه من الشرط في الثاني ، بخلاف الأول .

وعلى كل حال فالتبقية مقدورة يصح اشتراطها ، ولعل من ذلك اشتراط حصول الأثر المعلوم توقفه على عقد أو إيقاع من دونه ، كاشتراط طلاق الزوجة - وحليته الوطيء من دون صيغتهما ، ضرورة عدم دخول ذلك تحت قدرته ، لكون المرجع فيه الشرع ، بل قد عرفت فيما سبق أن دليل الشرطية لا يفيد إلا أن الشرط من الملزمات للجائز ، كالنذر والعهد ؛ ومقتضاه حينئذ أن كل شيء شك في حكمه شرعاً فضلا عما علم لم يصح اشتراطه .

نعم كل شيء علم حكمه شرعاً وشك في جواز اشتراطه كان مقتضى العموم جوازه، وفرق واضح بين المقامين ، فيجوز اشتراط الصيغة المقتضية للطلاق وحل الوطي ونحوهما، ويجوز اشتراط الأعمال وإن لم يذكر صيغة ، بل يستحق العمل عليه بنفس الشرط ، لعدم توقف حل استيفائه منه عليها ، إذ لاريب في جواز تبرعه به وقبوله منه ، بل ربما

قيل أيضاً بجواز اشتراط ملك عين مخصوصة ، ويملكها بنفس الشرط ، من غير حاجة إلى تجديد عقد الهبة لأنها من العقود الجائزة التي لا يعتبر فيها لفظ مخصوص ، فيكفي حينئذ عبارة الشرطية مع القبول في تحقق أثرها ، كاشتراط الوكالة وغيرها ، إلا أنه قد يشكل حصول الملك قبل القبض ، لاعتباره فيها ، وحينئذ يكون المراد بما في الشرط من الملك ملك أن يملك.

اللهم إلا أن يقال أنها في الفرض كالهبة المعوضة ، بناء على عدم اشتراط الملك فيها بالقبض ، فتأمل جيداً فإن ذلك كله كما ترى ، ضرورة عدم وفاء دليل الشرطية بصحة اشتراط آثار العقود على وجه يلحقه حكم العقد الذي لا يتناول الشرط .

نعم قد يقال : بصحة اشتراط أثر العقد الذي لا دليل على انحصار سببه في العقد الذي هو من أسباب حصوله ، كالملك الذي ليس في الأدلة ما يقتضي انحصار سببه في الهبة ونحوها ، وإن كان الهبة تفيده ، لا أنها منحصر فيها ، فهو حينئذ ملك شرطي ، لا ملك الهبة التي هي اسم للعقد المخصوص ، المعلوم عدم كون الشرط منه ، بل لعل الحرية كذلك أيضاً ، فيصح اشتراطها على وجه يكون هو السبب في حصولها ، وليس ذلك من العتق الذي هو عبارة عن الايقاع المخصوص ، وحينئذ فالضابط في الأمر الذي يجوز اشتراطه ، هو ما لا دليل على انحصاره في سبب خاص من عقد أو إيقاع ، وإن كان يحصل بهما ، فيشمله حينئذ عموم «المؤمنون» (١) وأما ما دل على انحصاره في السبب المخصوص الذي هو عقد أو إيقاع فلا يصح اشتراطه ؛ للتعارض من وجه ولا ترجيح ، و الأصل عدم ترتب الأثر .

و أما اشتراط العقود والايقاع فلا إشكال فيه ، فيجوز اشتراط البيع والهبة والتزويج والقرض وغيرها ، لكن لو شرط عليه البيع مثلا من زيد بكذا فلم يقبل زيد

١- الوسائل الباب ٦- من ابواب الخيار الحديث ١-٢

فهل يتسلط من له الشرط على الخيار لعدم الشرط أولا؟ لأن المراد من هذا الاشتراط ماهو مقدور له ، وهو بذله له بذلك ، والا كان من غير المقدور الذى يبطل اشتراطه - وجهان ينقدح من أولهما أن المدار في غير المقدور الفاسد اشتراطه العرف وتجدد العجز لايخرجه عن القدرة ، وإن سلّط من له الشرط على الخيار،نعم يمكن القول بالبطلان ، لو انكشف عدم القدرة عليه حال الاشتراط .

وعلى كل حال فالظاهر عدم خروج المثال بامتناع زيد عن وصف القدرة ،فيصح اشتراطه لذلك مرادا به البيع حقيقة لابذله،و يتسلّط على الخيار مع عدمه ، ولو كان شرط البيع مثلا في عقد فاسد بجهالة ثمن ونحوه ، فباع المشترط عليه ، فلاريب في صحة بيعه ، ولزومه مع علمه بالفساد بل الظاهر ذلك وإن لم يعلم ، وإن كان يقوي ثبوت الخيار له ، و قد يحتمل الفساد ، لأنه كدفع ثمن العقد الفاسد ، إذ دفع كل شيء بحسب حاله والأوّل أقوى،بل لولا غروره وحصول الغرر ، أمكن القول بعدم الخيار له والله أعلم .

وكيف كان فمن ذلك أى اشتراط الإيقاع في العقد مانبه المصنف بقوله ﴿ويجوز ابتياع المملوك بشرط أن يعتقه﴾ عن المبتاع بلا خلاف أجده فيه ،كما عن بعضهم الاعتراف به ، بل في المسالك الاجماع عليه ، و على صحة اشتراطه غير مقيّد به ، كما عن المبسوط والمهذّب البارع وإيضاح النافع الإجماع على صحة اشتراط عتقه؛ لكن صحريح بعضهم وظاهر آخرين جوازه لذلك ، ولأنه مبني على التغليب الذى منه ومن غيره يعلم عناية الشارع بفكّ الرقبة بأدنى سبب،وإلا فهو مناف لمقتضى العقد، فينبغي بطلانه،وفيه ماعرفت من أنه لادليل على البطلان بمثل هذه المنافاة بل ظاهر الادلة خلافه .

بل في التذكرة يجوز اشتراط عتقه عن البايع عندنا خلافاً للشافعي ، لأنه شرط لاينافي الكتاب والسنة لكن ظاهره في القواعد عدم الجواز كماهو خيرة الشهيدين في

الدروس والروضة والفاضل المقداد «لأنه لا عتق إلا في ملك»(١) وفيه أنه في الملك لكون المعتق هو المشتري، ولا دليل على اشتراط ملكية المعتق عنه على أنه لو سلّم فهو اشتراط لإدخاله في ملكه، ثم عتقه عنه، و لا بأس به، بعد إن لم يكن الشرط بيعه عليه الذي قد عرفت منعه فيما تقدم، لعدم توقف العتق المشترط عليه، فالصحّة حينئذ أقوى: ولو شرط في عتقه عن المشتري التبرّع لزم الشرط، وكذا المجانيّة، أمّا لو شرط عتقه عن كفّارة المشتري، ففي المسالك «صح، وفائدة الشرط التخصيص لهذا العبد بالاعتاق» قلت: بل فائدته عدم إجزاء العتق تبرّعاً عن الشرط إذا كان للبايع غرض بذلك، ومثله اشتراط العوضية في العتق بالخدمة ونحوها، فلا تجزى المجانية حينئذ، وإن كان قد يندر فرض مصلحة للبايع في ذلك، لغلبة كونها للمشتري، فله حينئذ إسقاطها وعتقه مجاناً.

ثم إن ظاهر الشرط يقتضي إيقاعه مباشرة إختياراً، بل في المسالك مجاناً أيضاً، فلو شرط عليه عوضاً من خدمة وغيرها لم يأت، وقال: «وحيث يفوت الشرط يتخير البايع بين فسخ البيع والامضاء، لكن لو فسخ هنا رجع إلى القيمة، كالتالف أيضاً، لبناء العتق على التغليب، مع احتمال فساده، لوقوعه على خلاف ما وجب، و يحتمل ضعيفاً سقوط الشرط هنا ونفوذ العتق».

قلت: لا ريب في ضعفه إن أراد من الشرط الخدمة ونحوها المشترطة في العتق و كذا إن أراد به شرط البايع بناء على الظهور المزبور نعم يمكن منع ظهور الاطلاق في ذلك، لصدق تحقق العتق ولو مع الشرط: ثم قال: «وهل يشترط وقوعه من المشتري مباشرة أم يكفي وقوعه مطلقا؟ وجهان، وتظهر الفائدة فيما لو باعه بشرط العتق، فعلى الأول يحتمل بطلان البيع، لأن شرط العتق مستحق عليه، فلا يجوز نقله إلى غيره، وصحّته مع تخير البايع، ثم إن أعتق المشتري الثاني قبل فسخه نفذ، وقدّر كالتالف وإلا أخذه، وعلى الثاني يصحّ كما لو أعتقه بوكيله، والذي يدل عليه الاطلاق والحكم

---

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب كتاب العتق الحديث ١ ــ ٥

في باقي الشروط أنه لا يقتضي مباشرتها بنفسه إلا مع التعيين ، وهذا الشرط لا يزيد على غيره» وفيه أوّلا - أنه خلاف ما استظهره سابقاً بناء على اتحاد المراد بالمباشرة في العبارتين ، وثانيا - أنه لاريب في ظهور الاطلاق في المباشرة بالمعنى المزبور ، أي عتقه في ملكه ولو بوكيله ، فلا يندرج حينئذ فيه المثال المزبور ، وثالثا - أنه لا وجه لاحتمال البطلان على الأول ، وإن كان هو خيرة محكي التحرير والتذكرة و مهذّب البارع ، إذ لا ينقص عن بيعه من دون اشتراط العتق الذي صرّح هو و غيره في أنه للبايع إمضائه .

قال في القواعد والدروس ومحكي التذكرة وجامع المقاصد و الروضة : أنه لو باع العبد المشروط عليه عتقه ، أو وقفه تخيّر البايع بين الفسخ والامضاء ، أي فإن فسخ بطلت هذه العقود ، بل قد يقال: بالصحّة حتّى مع الفسخ ، فتكون له القيمة حينئذ نحو ما سمعته في الخيار اللهم إلا أن يقال إن ذلك إذا لم يكن الشرط في العين المتصرف بها ، أما هي كالعبد المشروط عتقه مثلا ، فقد يفرّق بينه و بين الخيار بتعلق الحق فيه بالعين ، كالرهن بخلافه ، وحينئذ فعلى ذلك يتجّه ما في المسالك من البطلان ، بناء على إرادة عدم النفوذ منه كالرهن ، فتأمل جيدا ، فإنّه قد يقال : إنه لا دليل على اقتضاء تعلق حق الشرط بالعين ، عدم تأثير البيع الذي يقتضي الاطلاق صحّته وترتب أثره عليه .

نعم باعتبار ثبوت الحق في العين بعده لاستصحابه ، يتجه تسلط من له الشرط على فسخ التصرف المزبور المنافي لنفوذ الشرط الذي جعل الشارع المؤمن عنده ، وقال: إن شرطه له ، فيفسخه حينئذ ويطالب المشتري بانفاذ شرطه ، كما في غيره من الحقوق السّابقة على العقود المتعلقة بها ، كالشفعة وأرش الجناية وتعلق حقّ الدّين بالتركة ونحو ذلك ؛ وبه يرجّح حينئذ على ما دل على لزوم التصرف اللاحق الذي حصل في العين مستحقا فيها ذلك ، وحينئذ فيتجه بقاء البيع الأوّل على اللزوم بناء على اعتبار تعذر

الوفاء بالشرط في تزلزله، لا مجرّد عدم الوفاء به ، وربما كان ما ذكرناه محتمل عبارة الدروس قال: «ولو أخرجه أي العبد المشترط عتقه ببيع أو هبة أو وقف ، فللبايع فسخ ذلك كله» بناء على كون المراد أنّ له فسخ هذه التصرفات دون البيع الأول ، وله إمضائها باسقاط حقه من الشرط .

نعم ظاهر غيره بل صريح بعض أن له فسخ هذه التصرفات بفسخ البيع الأول ، فيترتب عليه فسخها إن لم يسقط حقه من الشرط ، وهو لا يخلو من وجه ، بناء على ثبوت الخيار للبايع في البيع الأوّل بمجرّد عدم وفاء المشتري بالشرط ، وحينئذ فالمتجّه كونه مخيّرا على الوجهين فتأمل جيدا ، فإن ذلك عين التحقيق في المسألة ، و هو الموافق للقواعد وإن لم أجده محررا .

ورابعًا ـ لا يخفى ما في قوله : والذي إلى آخره : منع كون الحكم في باقي الشرائط ذلك ، مع إرادة المعنى المزبور من المباشرة نعم هو كذلك بالنسبة إلى مباشرة الوكيل مثلا فتأمل جيّدا .

ثم إنّ الظاهر جواز عتق المشتري له عن كفارته مع الاطلاق ، لصدق امتثال كل منهما ، ضرورة ظهور إرادة المشترط عتقه كيف ما كان ، فهو كما لو صرّح له بذلك إذ لا ريب حينئذ في الجواز ، لكن بنى في المسالك جوازه على أنّ العتق حق لله تعالى ، لأن فيه معنى القربة و العبادة أو للبايع لتعليق غرضه به ، ولأن الشروط من جملة العوضين ، أو للعبد لاستلزامه زوال الحجر عنه وتحريره ، أو للجميع لعدم المنافاة بينها ، فيجوز اجتماعها ؛ ثم قال بعد أن جعل الأخير هو التحقيق : «ويتفرّع على ذلك المطالبة بالعتق ، فمن كان الحق له، فله المطالبة به ، وأما اعتقه عن الكفارة ، فإن قلنا الحق فيه لله تعالى لم يجز كالمنذور وإن قلنا : إنّه للبايع فكذلك إن لم يسقط حقه ، وإن أسقطه جاز ، لسقوط وجوب العتق حينئذ ، و كذا إن قلنا : إنّه للعبد ، و على ما اخترناه لا يصحّ مطلقا ، وشرط العتق مستثنى من الشروط القابلة لاسقاط مستحقها»

وفيه أنه لاريب في كون الحق من حيث الاشتراط للبايع ، وإن كان المشترط من حقوق الله ، كصوم أو صلوة ونحوهما ، ولذا يجري عليه ما يجري على باقي الشرائط كالتسلط على الخيار عند عدم الوفاء به ونحوه ، وكون العتق حقاً لله لا ينافي كون اشتراطه حقاً للبايع ، فالأقوى جواز عتقه عن الكفارة مع الإسقاط بل ومع عدمه. بناءً على ماذكرناه من ظهور إرادة العتق كيف ماكان ، وكذا لو كان حقاً للعبد و ماذكره أخيرا من أن شرط العتق مستثنى من الشروط القابلة لإسقاط مستحقها وإن تبع به الشهيد في الدروس ، قال فيها :«ولو أسقط البايع الشرط جاز إلا في العتق لتعلق حق العبد وحق الله تعالى به»، لكن فيه نظر واضح، ضرورة تبعية حق الله والعبد لحق الاشتراط كما عرفت، وإحبال الأمة ، بل إيلادها لا يمنع من عتقها المشترط ، ويجزي عنه بخلاف التنكيل وإن كان يحصل به العتق؛ إلا أن للبايع الفسخ و الرجوع بالقيمة أو الامضاء والمطالبة بأرش الشرط في وجه على ماستعرف .

لكن في القواعد «وفي التنكيل إشكال» ولعله لصدق العتق ، ولاريب في ضعفه، ضرورة ظهور الشرط في غيره خصوصا بعد عدم صحّة اشتراطه لكونه معصيته. نعم لو صرّح المشترط بأن المراد حصول الحرّية كيف ماكان، أمكن القول بالاجتزاء ، وإن عصى المشترط عليه باختياره كما هو واضح ،وكسب العبد قبل العتق للمشتري، كما أنّ قيمته لو قتل له ، لكن يقوّم مشروط العتق ، كما في التذكرة ، وإن كان فيه نوع تأمل ، بناء على رجوع البايع عليه لو فسخ بقيمته مطلقا ، لعدم حصول الشرط له ،وبما اقتضاه شرط العتق من النقصان لو أمضى ، ولو اطلق اشتراط العتق من غير تعيين كونه عن المشتري صحّ وحمل عليه بناء على عدم صحته عن البايع ، أما عليها فيحتمل الصحة و الاجتزاء بالمسمي حينئذ بناء على عدم قدح مثل هذه الجهالة ، خصوصاً مع علم إرادة المشترط العتق كيف ماكان وإلا بطل إن لم يعين والله أعلم .

﴿أو﴾ بشرط أن ﴿يدبّره﴾ بلا خلاف مطلقا أو معينا ، ويتخيّر الأول بين

المطلق والمقيد ، إلا أنه إذا اختار الثاني ولم يتفق في تلك السنة وجب عليه التدبير ثانيا ، لأن الغرض ترتب العتق ولم يحصل ، واحتمل في المسالك العدم ، للقيام بالشرط المطلق ، ولاريب في ضعفه كضعف مافيها أيضاً من احتمال جواز رجوع المشتري في هذا التدبير نظراً إلى أصله ، ضرورة عدم صدق الوفاء بالشرط الظاهر في كون الغرض منه العتق بعد الموت ﴿ أو ﴾ بشرط أن ﴿ يكاتبه ﴾ بلاخلاف أيضاً كتابة مطلقة أو مشروطة بقدر أو أجل معلومين ، ولو أطلق تخير المشتري بين المطلقة و المشروطة ، كما في المسالك ، وهو مؤيد لما ذكرناه من اغتفار نحو هذه الجهالة .

ولو تشاح المشتري والعبد في القدر والأجل، رجع إلى القيمة السوقية ،ولا يجب على المشتري النقصان عنها ، ولو طلب الزيادة أجبر على القيمة إن أمكن ،وإلا تخير البايع بين الفسخ والإمضاء ، و الظاهر جواز رجوعه في المشروطة عند عجزه ، ضرورة إرادة الكتابة علي حكمها من عبارة الشرط ، و احتمل في المسالك العدم ، ولاريب في ضعفه والله أعلم .

﴿ولو شرط ﴾المشتري ﴿أن لاخسارة﴾عليه اوأن يكون تلفه من البايع متى تلف أو إن غصبه غاصب رجع على البايع بالثمن ﴿ أو شرط ﴾ البايع في الأمة علي المشتري ﴿أن لا يعتقها أو لا يطأها﴾ أو لا يهبها أو لا يبيعها ﴿ قيل يصح البيع ويبطل الشرط﴾ لكن قد سمعت المعتبرة(١)المتضمنة للجواز في الجملة ، إلا أنه في المحكي عن كشف الرموز ما رأيت أحداً عمل بها، بل في مفتاح الكرامة أني لم أجد من تأمل أو خالف في بطلان الشروط الخمسة المتاخرة، إلا الفاضل في التذكرة ، فإنه استشكل في بطلان اشتراط عدم البيع والعتق، وظاهر النافع التامل فيهما ، حيث قال :المروي الجواز ، و في إيضاحه إن الجواز غير بعيد ، لأن بقاء الأمة عند المالك الصالح مطلوب اشتراط بقاء ملكه عليها ، وذلك لاينافي كما في أم الولد ، ومنذور التصدق

(١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الحيوان ١ ـ ٣

به وهو جيّد جداً إن لم يثبت إجماع ، وقد سمعت ما في الرياض من حكايته الجواز عن بعض وميله إليه ، وأمّا الثلاثة الأول فلا ريب في البطلان مع إرادة اثبات الاستحقاق شرعا بالشرط لما عرفت من أنه ملزم لا مثبت لحكم. وسأل عبد الملك بن عتبة الرضا عليه السلام (١) «عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو متاعاً على أنه ليس منه على وضيعة هل يستقيم ذلك وكيف يستقيم و ما حدّ ذلك ؟ قال : لا ينبغي» و يمكن إرادة الكراهة منه إذا لم يكن المراد من الشرط ما يرجع إلى إثبات حكم شرعي ؛ و قلنا : بعدم قدح مثل هذه الجهالة فيه بل هذا التعليق ، إلّا أنّ الجميع كما ترى ، و منه يعلم الحال في الشرطين الأخيرين.

وكيف كان فقد عرفت الضابط في الشرائط السّائغة وغيرها ، وأنه لا يخرج عنه إلّا بدليل كما هو مقتضى عموم قوله عليه السلام (٢) «المؤمنون عند شروطهم» وأن ما طفحت به عباراتهم من البطلان المنافي لمقتضى العقد ، أقصى ما يمكن تسليمه فيه اشتراط أن لا يملك و نحوه مما يعود عليه بالنقص ، وقد يلحق به مثل أن لا يتصرف به أصلا ، قال في الغنية «من الشروط الفاسدة بلا خلاف أن يشترط ما يخالف مقتضى العقد ، مثل أن لا يقبض المبيع ولا ينتفع به» وهو جيد إن أراد من الأمرين أمراً واحدا ، أما غيره مما هو في الحقيقة مناف لمقتضى إطلاق العقد لا لنفسه ، فلم يثبت بطلانه بل الثابت خلافه كما عرفت، فلاحظ وتأمل .

إنما الكلام في صحة البيع المشتمل على الشرط الفاسد، و بطلانه؛ فالأول خيرة الإسكافي والشيخ والقاضي والعجلي وابن سعيد وأبي إلاعلى ما حكي عن بعضهم وعن ابن زهرة موافقتهم، والرياض وفي خصوص الشرط المخالف لمقتضى العقد أو للسنة، محتجاً عليه بالاجماع، وابن المتوج في الشرط الفاسد الذي لا يتعلق به غرض ، كما لو شرط أكل الطعام بعينه أو لبس ثوب و نحوه ، و الثاني خيرة الفاضل و ولده و الشهيدين و العليين و أبي العباس والأردبيلي و الخراساني على ما حكي عن بعضهم و وافقهم أبو المكارم في خصوص غير المقدور من الشرط ، كأن يشترط عليه أن يجعل الرطب تمراً بل قال : «إنه فاسد مفسد بلا خلاف » وظاهر جماعة منهم المصنف التوقف، و كان الأول لا يخلو من

---

(١) الوسائل الباب ٣٥ من أبواب احكام العقود الحديث ١-٣

(٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث ١-٢

قوة ، للعموم وإجماع الغنية .

و صحيح الحلبي (١) الذى رواه المشايخ الثلاثة عن أبى عبدالله عليه السلام «أن بريرة كانت عندزوج لها وهي مملوكة فاشترتها عايشة فأعتقتها ، فخيّرها رسول الله صلى الله عليه وآله وقال : إنشائت تقرّعند زوجها ، وإن شائت فارقته ، وكان مواليها الذين باعوها شرطوا على عائشة أن لهم ولائها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله الولاء لمن أعتق » .

ومثله صحيحة عيص بن القاسم (٢) مؤيدين بماورد في النكاح من الأخبار الدّالة على صحة عقده وفساد الشرط فيه كصحيحة محمد بن قيس(٣) بل وخبر الوشا(٤) الذى اعترف في المحكي من نهاية المرام بدلالته على عدم فساد العقد بفساد الشرط، وحمل الصحيحين الأولين على ماعند العامة من بطلان الشرط مطلقا مع صحة العقد ، يدفعه وقوع الخلاف عندهم في ذلك ، حتى أنه من طريف مايحكى عن محمد بن سليمان الدهلي (٥) قال: «حدثنا عبدالوارث بن سعيد قال : دخلت مكة زادها الله شرفاً فرأيت فيها ثلاثة كوفيين ، أحدهم أبوحنيفة وابن أبي ليلي وابن شبرمة ، فصرت إلى أبي حنيفة فقلت : ماتقول فيمن باع بيعاً وشرط شرطاً فقال :البيع فاسد والشرط فاسد فأتيت ابن أبى ليلى فسألته فقال : البيع جائز والشرط باطل ، فأتيت ابن شبرمة فسألته فقال: البيع والشرط جائزان، فرجعت إلى أبى حنيفة ، فقلت له:إن صاحبيك قد خالفاك فقال : لست أدري ماقالا ، حدثنى عمر بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن النبى صلى الله عليه وآله نهى عن بيع وشرط ، فأتيت ابن أبى ليلى فقلت له:إن صاحبيك قد خالفاك ، فقال ماأدري ماقالا، حدثنى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنها قالت: لما اشتريت بريرة جاريتى شرط على

(١) الوسائل الباب ٣٧ من ابواب العتق الحديث ٢
(٢) الوسائل الباب ٣٧ من ابواب كتاب العتق الحديث١
(٣)(٤) الوسائل الباب ٣٨ و٣٩ من ابواب المهور الحديث ١-٢
(٥) المستدرك ج-٢-ص٤٧٢ .

مواليها أن أجعل ولائها لهم إذا أعتقتها ، فجاء النبي صلى الله عليه وآله وسلم و قال : الولاء لمن أعتق ، فأجاز البيع وأفسد الشرط ، فأتيت ابن شبرمة فقلت له: إن صاحبيك قد خالفاك، فقال: لست أدرى ماقالا ، حدثني مسعر بن محارب بن زياد عن جابر بن عبدالله قال: ابتاع النبي صلى الله عليه وآله منّي بعيرا بمكّة فلما نقدني الثمن ، شرطت أن يحملني إلى المدينة ، فأجاز النبي صلى الله عليه وآله وسلم البيع والشرط» فحملها على التقية مع هذا الاختلاف كماترى ، بل مارواه ابن أبي ليلى مؤيد لهما ، وإن توهم منه البطلان في سائر الشرائط ، كما أنه يؤيدهما أيضاً ماأرسله في الغنية ؛ من خبر بريرة (١) بل الظاهر أنه من المستفيض بين العامة و الخاصة ، وهو ظاهر في المطلوب و احتماله أمرا آخر لايرفع الظهور الذى هو مناط الأحكام ، كل ذلك مضافاً إلى أن مدخلية الشرط في الترضي لاتزيد على مدخلية الثمن والمثمن ، وبطلان العقد في أبعاضها لايسري إلى بطلان الآخر حتى فيما كانت الهيئة الاجتماعية مطلوبة وملحوظة، بل أقصاه ثبوت الخيار للتضرر ، ولا بأس بالتزامه هنا مع الجهل بالفساد ، بل لعل القائلين ببطلان الشرط خاصة يلتزمون بذلك و إن لم يصرحوا به ، ولعله لمعلوميته .

ودعوى أنّ الشرائط في العقود ملحوظ فيها معنى الشرطية يدفعها معلومية بطلان التعليق فيها ، سواء كان للزوم أو الصحة أو للرضا ، مع أنّ مقتضى الأول انتفاؤه بانتفائه لاالصحة ، ومرجعه إلى اشتراط الخيار بشرط ولو سلّم صحته ، فمن المعلوم عدم إرادته كمعلومية عدم صحة التعليق عليه في الأخيرين ، ولذا حكي عن فخر المحققين أنه قال : إنّ كون هذه شروطاً مجاز ، لأنها تابعة للعقد ، والعقد سبب فيها ، فلا يعقل كونها شرطاً له ، وإلّا دار ، بل هي من صفات البيع ، تختلف الاغراض باختلافها ، لكن في جامع المقاصد «لامحصل لهذا الكلام ، فإنها شروط للبيع الذى هو انتقال المبيع من البايع إلى المشتري ، لاشروط العقد ، وقد عرفت فيما سبق أنّ البيع ليس هو نفس العقد ؛ حتى لو كان نفس العقد امتنع كونها مشروطاً له ، بل للانتقال الذى هو أثره

(١) الوسائل الباب ٣٧ من ابواب كتاب العتق الحديث ٢

وكيف يعقل أنّ هذه الشروط شروط للعقد الذى هو الايجاب والقبول .

ثم قوله إنّ هذه صفات للبيع ليس بجيد ، إلّا بناء على أنّ البيع هو العقد ، فكونها صفات له لاينافي كونها شروطاً لأثره، وأمّا إن فقدها لايستلزم آرشاً فلادخل له فيما نحن فيه ، بل هذا ملتفت إلى أنّ الأمور المشترطة ، لمالم تكن داخلة في نفس مسمى البيع ، لم يكن بازائها شيء من الثمن ، لأنّ الثمن في مقابل المبيع وأجزائه وإن كان قد يزيد بوجود بعض الصفات ، لأن زيادته على أنه في مقابل المبيع ملحوظاً فيه مقابل الصفة المعينة ، فإن الثمن للمبيع باعتبار المقابلة ، وليس في مقابلة الصفة منه شيء .

وفيه أنّ كونها شروطاً لأثر العقد مستلزم للتعليق المنافي لسببية العقد اللّهم إلّا أن يريد كون الشرط ملك المشروط ، وهو أمر مقارن لأثر العقد يحصل معه بحصوله فليس من التعليق المنافي ، لكن فيه أنّ ذلك حكم الشرط المستفاد من قوله عليه السلام (١) «المؤمنون عند شروطهم» لانفس الشرط ، ضرورة كون الفعل المشترط لاملكه ، وارتكاب هذا التجوز - مع أنه خلاف قصد المتعاقدين - ليس بأولى من إرادة الالزام من الإشتراط ، كما هو معناه لغة ، وإليه أومى الفخر ، ومراده أن العقد إذا صار سبباً في لزومه ، لم يعقل كونه شرطاً له ولو لتأثيره الذى ذكره المحقق الثاني ، على أن المرجع في تأثير العقد الأدلّة الشرعية التى دلت على تسببه ، فلايعقل اشتراط حصول أثره بشيء من غير الشارع ، وأدلة الشروط قاصرة عن إفادة ذلك ، بل هي ظاهرة في إرادة أنّ كلّ مايلتزمه المؤمنون في عقد من العقود اللازمة يلتزم به ، ردّاً على ما عن بعض العامة من بطلان الشرط فى العقد خاصة ، أو هو مع العقد كما سمعته من أبى حنيفة وابن أبى ليلى .

وإليه يرجع ماعن المهذّب البارع في الجواب عن الدور المقرر على تقدير

---

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث ١- ٢

القول ببطلان العقد مع بطلان الشرط ، من أنّ لزوم الشرط وصحته فرع على صحة البيع ، فلو كانت موقوفة على صحته لزم الدور، وقال في الجواب عن ذلك :«إنّ تسويغ الشرط ليس شرطاً في الحقيقة لصحة البيع حتى يلزم الدور ، بل هو من صفات البيع :فما كان منها سائغاً داخلا تحت القدرة لزم باشتراطه في العقد ، كما لو شرط صفة كمال في البيع و إن لم يكن سائغاً بطل العقد لا من حيث فوات شرطه ، بل من حيث وقوع الرّضا عليه، وشروط الصحة إنما هي الأمور المذكورة في أوائل الكتاب كاكمال المتعاقدين ونحو ذلك » و مرجع ما ذكره أخيراً إلى ما قيل من أنّ التراضي إنما وقع على المبيع مع الشرط، فمع إنتفائه ينتفي فلا يكون تجارة عن تراض ، فيبطل لكونه شرطاً في الصحة إجماعاً.

وفيه ــ بعد الغض عن اقتضائه البطلان إذا لم يوف بالشرط السائغ ـ أنّ التراضي وقع معه ؛ لا مقيداً به ، كما لو شرط كون العبد كاتباً مثلا، أو اشترى العبدين جميعاً، فتبين أنّه غير كاتب أو أنّ أحد العبدين ليس ملكاً له ، كان البيع صحيحاً كما صرّح به غير واحد ، بل قد يظهر من جامع المقاصد الإجماع عليه، وإن كان يثبت له الفسخ ، مع أن التراضي لم يتحقق إلّا على الوجه الذي ليس بواقع ، والفرق بين المقامين غير واضح بل قد اعترف في جامع المقاصد أنّ فيه عسرا ، و دعوى ـ أن الأوصاف والاجتماع إذا أخذت قيداً كالشرائط يبطل البيع أيضاً بانتفائها ، وإنما يثبت له الخيار إذا كانت لا على وجه القيدية ـ سفسطة لا محصل تحتها ، كالقول بأن منشأ البطلان في المقام أن الشرط له قسط من الثمن ،فإنّه قد يزيد باعتباره وينقص ؛فإذا بطل ، بطل ما بازائه من الثمن ،وهو غير معلوم فتطرق الجهالة إلى الثمن فيبطل البيع ، إذ هو بعد معلومية عدم توزيع الأثمان على الشرائط ، وأنها كالاوصاف التي يزيد الثمن و ينقص بها كما ترى ، خصوصاً بعد ما سمعته من جامع المقاصد في توضيح عدم مقابلة الشرط للثمن.

نعم قد عرفت إنّا نقول بثبوت الخيار له ، لفوات الشرط كفوات الوصف من غير فرق في ذلك وفي غيره مما ذكرنا من جميع الشرائط الباطلة ، سواء كان البطلان

لعدم القدرة أوغيره ، و نفى الخلاف عن بطلانه خاصة في الغنية لم نتحققه ، كظهور الاجماع من محكي إيضاح النافع ، حيث قال : عليه الفتوى ، وسواء كان المقصود بالذات الشرط الفاسد ، و جيىء بالبيع تبعاً أو بالعكس ، و سواء كان مما لايتعلق به غرض كأكل الهريسة وغيره ، بل فى المحكي عن التذكرة أن الأول لايقتضى فساد العقد عندنا .

نعم قد يتجه البطلان فيهما معاً لوكان البطلان لجهالة فى الشرط ، بحيث تؤدي إلى أحد العوضين ، فيبطل العقد حينئذ للجهالة لا لبطلان الشرط ، بل كل شرط باطل يستلزم إنتفاء شرط من شرائط العقد المعلومة ، أووجود مانع يقتضى بطلان العقد معه ، ولعل منه ما يعود على العقد بالنقص ، أما غير ذلك ، فالأقوى فيه ما سمعت ، وقد ظهر لك من جميع ماذكرنا حجة القول المقابل وجوابها ، وأضعفها الاستناد إلى أصالة عدم الانتقال التى يكفى في قطعها عموم الادلة ، فضلا عما عرفت هذا .

وقد يستفاد من مجموع ما ذكرنا خصوصاً ماسمعته في الردّ على مافي جامع المقاصد أنه ينبغى أن يكون النزاع فى الشرط المطلق ، أما إذا علم إرادة مجرّد الالزام به من غير تعليق ، فلا إشكال في عدم اقتضاء فساده فساد العقد ، كما أنّه لا إشكال فى اقتضائه ذلك إذا علم إرادة تعليق الصحة على ملكه على النحو الذى سمعته من ثانى المحققين لو سلمنا صحته بل التحقيق عدمها ، فمحل البحث فى الشرط المطلق الذى لم يعلم ارادة المشترط منه أحد الامرين ، ولا كان فـي العبارة دلالة على أحدهما فتأمل جيداً والله أعلم .

﴿ولو شرط في البيع﴾ مثلا ﴿أن يضمن إنسان بعض الثمن﴾ معيناً أومطلقا إن قلنا بصحته ﴿أوكلّه صح البيع والشرط﴾ بلاخلاف ، للعموم ، وكذا لو اشترط الرهن أوالكفيل أوالشهادة ، إلاأن فى القواعد الاقرب وجوب تعيين الرهن المشروط إما بالوصف أوالمشاهدة ، و تعيين الكفيل بالاسم والنسب و المشاهدة ، أوالوصـف كرجل موسر ثقة ولايفتقر إلى تعيين الشهود ، بل الضّابط العدالة ، فلوعينهم فالاقرب

تعيّنهم وتبعه على ذلك كله غيره ، وقد يمنع وجوب التعيين للرهن والكفيل والضامن، خصوصاً بناء على ماذكرنا من اغتفار نحو هذه الجهالة في الشرط ، بل وعلى غيره ايضاً، فيصح الإطلاق حينئذ ، لكن يحمل على الصالح للإستيفاء ،كما صرّح به في الدروس و غيرها بناء على الاجتزاء بالإطلاق ، لا أنه يجتزى بمسماه ، وإن احتمله في المحكي عن الإيضاح إلّا أنه كما ترى .

واختلاف الرغبات في الاعيان ، والناس في الإستيفاء وسهولة البيع وشدة حاجة الراهن إلى الفك ونحو ذلك لايوجب جهالة قادحة ، إلا الجاء مثله في الشهود ، وعدم صحة رهن المجهول ، لاينافي الجهل به حال اشتراطه وإن علم حال ارتهانه ، فالمراد كونه مجهولا حال الاشتراط ، لا حال الارتهان ، و هما غيران و يجوز رهن المبيع على الثمن من غير شرط قطعاً، بل ومعه على الأقوى خلافاً للمحكي عن الشيخ و الحلبي للعموم ، وليس من رهن مالايملك ، ولاقبل ثبوت الدين ، إذ هو اشتراط لرهنه بعد الملك ، كهبته ، والموجود في العقد اشتراط رهنه لارهنه كي يشترط فيه ثبوت الدّين وملكية الرهن .

وليس البيع يقتضي ايفاء الثمن من غير ثمن المبيع ، بل أقصاه أنه لايقتضي إيفاؤه من ثمن المبيع ، و هو أعم ، فلا يناقض اشتراط الرهن المقتضي لايفاء الثمن منه ، كما أنّ رهانته عند البايع تخرجه عن كونه مضمونا على البايع ، فلا يتنافيان ، و ليست صحة البيع موقوفة على رهنه لو اشترط .نعم ملكية رهنه موقوفة على صحة البيع فلادور حتى لوقلنا بتوقف لزومه على الرهن إذ الصحة غير اللزوم .

وكيف كان فلو اخلّ المشتري بما اشترط عليه من الرّهن أو الكفيل أو الضامن أو غير ذلك، تخير البايع بعد تعذر الإجبار كما ستعرف ، وكذا يتخيّر لو هلك الرهن أو تعيب قبل القبض ،بناء على اشتراط القبض في الرهن او وجد به عيباً قديماً و ليس له المطالبة بالابدال او الارش اما لو هلك او تعيب بعد القبض فلا خيار، لأصالة اللزوم بعد الوفاء بالشرط كما هو واضح ، و لو اختلفا في زمن حدوث العيب ففي تقديم قول الراهن و قول

المرتهن وجهان .والله أعلم .

﴿تفريع : إذا اشترط العتق في بيع المملوك ، فإن أعتقه ، فقد لزم البيع﴾ بلاخلاف ولا إشكال ؛ ﴿ وإن امتنع ، كان للبايع ﴾ إجباره كما في كل شرط على الأقوى ، إن كان مما يجبر عليه ، لاما إذا كان من صفات المبيع ، كمالو اشترط كونه كاتباً وشاعراً ، لوجوب الوفاء به عليه كتابا (١) وسنة (٢) وإجماعاً محكيا عن الغنية والسرائر إن لم يكن محصلا ، خصوصاً بعد ملاحظة كلامهم في باب القرض ، من أنه لو أجّله في عقد لازم لزم ، لكن قال الشهيد في اللمعة : «لايجب على المشترط عليه فعله ، و إنما فائدته جعل البيع عرضة للزوال بالفسخ ، عند عدم سلامة الشرط ، و لزومه عند الاتيان به » وهو كما ترى .

ونحوه ماعنه أيضاً في بعض تحقيقاته ، من أن الشرط الواقع في العقد اللازم ، إن كان العقد كافيا في تحققه ، ولايحتاج بعده إلى صيغة فهو لازم لايجوز الإخلال به ، كشرط الوكالة في العقد ، وإن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد ، كشرط العتق فليس بلازم ، بل يقلب العقد اللازم جائزاً ؛ وجعل السرّ فيه أن اشتراطه في العقد كاف في تحققه كجزء من الايجاب والقبول ، فهو تابع لهما في اللزوم والجواز ، واشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد ، وقد علق عليه العقد ، والمعلّق على الممكن ممكن ، و هو معنى قلب اللازم جائزاً ، وإن كان هو أجود مما في اللمعة ، إلا أنهما معاً مشتركان في اقتضاء الأدلة خلافهما ، و لعلّ منشأهما معاً تخيل التعليق في الشرط هنا ، بل كاد يكون الثاني كالصريح في ذلك .

وقد عرفت أن ليس المراد منه هنا إلا الالزام ، ولوسلّم فقد سمعت ماذكره المحقق الثاني من أن الشرط حينئذ هو أن يملك عليه الأمر المشترط ، وهو حاصل بنفس العقد من غير حاجة إلى أمر آخر ، وليس هو معلقا على أمر ممكن ، بل قد علق على شيء حصل بتمام العقد ، فالممكن حينئذ متعلّق الشرط لاهو فتأمل جيدا .

(١) سورة المائدة الاية ١

(٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث ١-٢-٣

بل لولا الاجماع ـ ظاهراً على ثبوت الخيار فی حال تعذر الاجبار ، مضافاً إلى حديث الضرار(١) وخبر أبي الجارود (٢) عن أبي جعفر عليه السلام «إن بعت رجلا على شرط ، فان أتاك بمالك ، وإلا فالبيع لك» بناء على أن المراد منه لزومه لك ، نحو قولهم عليهم السلام فی غيره «فلابيع له» ـ لأمكن عدم القول بثبوت الخيار أصلا ، لماعرفت ولان الشرط من طرف البايع مثلا كالثمن ، فان الامتناع منه فی غير التأخير ثلاثة أيام بالشروط السابقة لايؤثر خيارا على الأصح ، لأصالة اللزوم ، ومن ذلك يعلم أن المتجه الاقتصار على المتيقن من ثبوت الخيار ، ولعله حال تعذر جبره على الحاكم لاعلى من له الشرط ، و إن كان قد يظهر من بعض الأصحاب سهولة الأمر فی ثبوت الخيار ، حتى لو احتاج إلى رفع أمره إلى الحاكم والمراجعة والانتظار ونحو ذلك لم يجب عليه ، وربما يشهد له خبر أبي الجارود ، و حديث الضرار ، إلا أن الأحوط ما عرفت .

وعلى كل حال فله أي البايع إذا تعذر إجبار المشتري على العتق ﴿خيار﴾ فی ﴿الفسخ﴾ و رد المبيع مثلا ، والامضاء بالثمن ؛ وليس له أرش الشرط على المشهور بين الأصحاب لانه وصف فی المعنى ، ولايقابل بالثمن ﴿و﴾ كذا ﴿إن مات العبد قبل عتقه كان البايع بالخيار﴾ المزبور ﴿أيضاً﴾ إلا أنه إذا فسخ يرجع بالقيمة وقت الموت ؛ لانه وقت الانتقال أوحين القبض ، أومنه إلى الموت وجوه أقواها عندهم الأولى ، لانه وقت قيام القيمة مقام العين فی تعلق الحق الذی كان متعلقا بالعين ، و لو كان معلقا على تعذر الفسخ ، ولم أجد من احتمل حال الفسخ هنا ؛ كماذكروه فی بعض المباحث السابقة .

وعلى كل حال فالخيار بين الفسخ و الامضاء بالمسمى ، لكن فی القواعد ولو مات أوتعيب بما يوجب العتق أي قهراً ، رجع البايع بما نقصه شرط العتق ، فيقال كم

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣-٥

(٢) الوسائل الباب ٧ـ من ابواب الخيار الحديث ٢

قيمته لو بيع مطلقا و بشرط العتق فيرجع بالنسبة من الثمن ، و لـه الفسخ فيطالب بالقيمة ، وفي اعتبارها إشكال ، بل احتمل في التحرير أن له الأرش المزبور خاصة من غير خيار ، ولا ريب في ضعفه ، بل قد يظهر من المسالك الإجماع على خلافه ، كاحتمال عدم الخيار والأرش أصلا ، حتى لو كان عدم الشرط بتفريط من المشتري ، أما الأول وإن قال الشهيد في حواشيه : إنّه المنقول ، بل قيل إنّه حكاه في المبسوط قولا ، و وجه بأن الشرط يقتضي نقصانا ولم يحصل ، و مقتضاه ثبوت الحكم في كل شرط تعذر الوفاء به .

ففيه - مضافاً إلى أن الشروط لا يوزّع عليها الثمن ، وإن حصل باعتبارها نقصان، كالاوصاف و التدليس الذي صرحوا بعدم الأرش فيه - أن الأرش لا يدرك به مصلحة الشرط ، ضرورة أنه برجوعه زائداً على المسمّى على نسبة التفاوت بين القيمتين ، يصير كأنه باعه من دون اشتراط عتقه ، فلم يحصل به مصلحة الشرط ، و لعلّ هذا هو السرّ في عدم الارش للشرائط و الأوصاف ، بخلاف العيوب التي ثبت الارش فيها ايضاً بالادلة .

نعم قد يقال : بالقيمة للشرائط القابلة للتقويم ، قال في التذكره : «لو شرط على البايع عملا سائغاً تخير المشتري بين الفسخ والمطالبة به أو بعوضه إن فات وقته ، وكان مما يتقوم كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغاً ، فأتاه به غير مصبوغ و تلف في يد المشتري ولو لم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ و الإمضاء مجاناً ، ولو كان الشرط على المشتري مثل ان باعه داره بشرط أن يصبغ له ثوبه ، فتلف الثوب تخير البايع بين الفسخ والإمضاء بقيمة الفائت إن كان ممّا له قيمة و إلا مجاناً وهو لا يخلو من وجه والله أعلم .

﴿النظر السادس في لواحق من احكام العقود﴾

﴿الصبرة لا يصح بيعها إلا مع المعرفة بـ﴾ ما يرفع جهالتها من ﴿كيلها أو وزنها﴾ أو عدها أو نحو ذلك مما هو شرط صحة البيع كما عرفته سابقا ، فإذا عرفها صح بيعها أجمع وبيع جزء منها مشاع ثلث أو ربع ، وبيعها كل قفيز منها بدرهم ، وبيع قفيز منها ، أمّا بيع كل قفيز منها بدرهم ، فلا يصح ، للجهل بقدر المبيع المستلزم للجهل بقدر الثمن ، خلافاً للإسكافي ، فأجازه في المجهولة ﴿و﴾ فضلا عن المعلومة كما ستسمع و ﴿لو باعها﴾ إي الصبرة ﴿أو جزءاً منها مشاعاً﴾ أو كل قفيز منها بدرهم ﴿مع الجهالة بقدرها لم يجز ، وكذا لو قال : بعتك كل قفيز منها بدرهم ، أو بعتكها كل قفيز بدرهم﴾ خلافاً للاسكافي في الجميع و ظاهر الشيخ في الثالث ، إلا أن الاول حكى الفاضل في المختلف عنه بالنسبة إلى الصورة الاولى ، جواز بيع الصبرة تارة اكتفاء بالمشاهدة عن اعتبارها . و اخرى أنه لا بأس ببيع الجزاف بالجزاف مما اختلف جنساهما ، لان المقتضي وهو البيع موجود ، والمعارض منتف ، لانه إما مانع : الجهالة و هو منتف بالجهالة ، هكذا وجد في المختلف و الصواب «بالمشاهدة» أو مانع تطرق الرّبا وهو منتف باختلاف الجنس ، لكن لا ريب في ضعفه على كل حال ، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه ، فضلا عن محكيه في المختلف عليه ، إذ الجهالة نفسها مانعة ، للنهي عن الغرر(١) والمشاهدة غير كافية في ذلك قطعاً .

وأما الصورة الثالثة ففي المختلف «أنه أطلق الصحة فيما إذا قال : بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، ولم يتعرض لكونها معلومة أو مجهولة» وعن ابن جنيد «أنه لو وقع البيع على صبرة بعينها ، كل كرّ بكذا أو ماءة كرّ منها بكذا فقبض المشتري

(١) الوسائل الباب ـ ٤٠ـ من ابواب آداب التجارة الحديث ـ ٣

البعض أولم يقبض ، ثم زادالسعر أونقص ، كان باقي الصبرة أوالماءة للمشتري بالسعر الذي قاطعه عليه ، وأما اذا اشترى كل كرّ منها بكذا و لم يشترط جميع الصبرة ، ولامقداراً معلوماً ، كان بقدرما وزن بسعر يوم الشرآء» وظاهره الصحة فيهما .

وفي المختلف «إن التحقيق الصحة إذا كانت معلومة المقدار ، و إلا احتمل البطلان في الجميع ؛ والصحة في قفيز واحد كما قاله أبوحنيفة ، أما بطلان البيع في الجميع ، فلانه مبيع مجهول المقدار ، والثمن فيه غير معلوم فكان باطلا ، وأمّا صحته في قفيز فلان بيع كل قفيز يستلزم بيع قفيز ما ، فيصح ، لتعينه و تعين ثمنه » و قول الشيخ يقتضي الصحة في الجميع ؛ لانه نقل كلام أبي حنيفة ولم يرتضه ، واختار كلام الشافعي ، ومذهبه صحة الجميع ، وعلى كل حال فضعف الجميع واضح ، و إن اختلفت مراتبه ، ضرورة صدق الغرر فيه ، الذي لايزول بالتقدير المزبور قطعاً ، والصحة في الواحد بعد أن لم يكن مقصودا لهما كما ترى ، نحو الصحة في الصورة الرابعة التي لم يعلم قدر المبيع «و» لاقدر الثمن .

نعم «لو قال : بعتك قفيزاً منها ، أو قفيزين مثلا صح» كالمعلومة بلاخلاف ولا إشكال إذا علم اشتمالها عليه ، بل ظاهر اللمعة ذلك وإن لم يعلم إلا أنه يجبر نقص المبيع لو تحقق بالخيار ، وفيه أنه لاغرر أعظم من الشك في الوجود ؛ و لعله لذا كان خيرة الاكثر العدم إلا أنه ينبغي تقييده بما إذا لم يكن هناك طريق شرعي يقتضي وجوده من أصل أوغيره ، ولعل من اعتبر العلم أراد ما يشمل ذلك ، بل يمكن إرادة ما يشمل الاطمينان منه والامر سهل .

إنما الكلام في أنّه هل ينزل على الاشاعة في الصورتين ، أو يكون المبيع ذلك المقدار في الجملة و تظهر الفائدة فيما لو تلف بعضها ، فعلى الاشاعة يتلف من المبيع بالنسبة ، و على الثاني يبقى المبيع ما بقي قدره ، ويرجح الاول ، عدم معهودية ملك الكلي في غير الذمة لاعلى وجه الاشاعة ، بل ينحل إلى جهالة المبيع وإبهامه ، وما تسمعه في بيع الثمار من أن

استثناء البايع أرطالا معلومة ينزل على الاشاعة من غير خلاف فيه بينهم قالوا: فلو خاست الثمرة بأمر من الله تعالى مثلا ؛ وزع على النسبة وهو مثل المقام كما اعترف به في الدروس .

لكن في الصحيح (١) «رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن في أنبار بعضه على بعض من أجمه واحدة والانبار فيه ثلاثون ألف طن* ،فقال البايع : بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري : قد قبلت ورضيت ، فأعطاه من ثمنه ألف درهم، ووكل المشتري من يقبضه ، فأصبحوا وقد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون ألف طن ،وبقي عشرة آلاف طن،فقال عشرة آلاف التى بقيت هي للمشتري ، والعشرون التي احترقت من مال البايع » وهو يؤيد الثاني وبه يفرق بين ما هنا ، وبين ما في بيع الثمار، إلا أنه قد يشكل صحة أصل البيع فيه بجهالة عين المبيع فيه الموجبة للضرر المنفي(٢) الموجب لفساد المعاملة ؛ وصرح الاصحاب فيما لو باع شاة غير معلومة من قطيع ـ بالبطلان وإن علم عدد ما اشتمل عليه من الشياة لتفاوت أثمانها ، بل صرحوا بالبطلان فيما لو فرقت الصبرة صيعانا متمايزة ، و اشترى مقداراً منها ، فالاطنان إن كانت قيميّة فمن الاول ، وإلا فمن الثاني .

أللهم إلا أن يلتزم الاخير ويكون البيع غير ملاحظ فيه خصوص ذلك التميز، وإنما المراد مقداره ، حتى لو أراد البايع تغيير الاطنان من غير نقصان للمقدار كان له ذلك لأن المفروض أن الجميع من أجمّة واحدة ، فيصح حينئذ لأنه كبيع المقدار المعلوم من الصبرة .

ولكن على كل حال فالمتّجه الجمود على النص في خصوص البيع بالفرض المزبور ولا يتعدى منه إلى غيره ، كالصلح وثمن الاجارة ومهر النكاح ونحو ذلك بناء على ما سمعت من أن ملك الكلي في العين الخارجية لا يكون إلا على الاشاعة وفرض المسألة

---

(١) الوسائل الباب ١٩ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ـ ١

(٢) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣ ـ ٥

كون المبيع في الذمة ، وشرط التأدية من الصبرة خروج عن موضوع البحث و مقتضاه عدم البطلان ، حتى لو تلفت الصبرة أجمع ؛ وإن تسلط على الخيار بانعدام الشرط .

بقي شيء و هو أن منشأ الوجهين على الظاهر ، الاختلاف في تعيين مراد المتعاملين من العبارة التي هي مورد العقد ، لان ذلك حكم شرعي وإن لم يقصداه ، فيخرج عن محل البحث حينئذ ما صرّح فيه بقصد الاشاعة أو الكلي ، إلا أنه قد يشكل صحة الثاني ، بناء على عدم ملك الكلي في غير الذمة لا على وجه الاشاعة وخبر الاطنان(١) لادليل فيه على صحته ، بل هو أعم منه ومن الاشاعة، وإن كان قد خولف مقتضاها بجعل التالف عن البايع خاصة ، فيكون حكما شرعياً تعبدياً لايقاس عليه غيره .

بل قد يقال : إن هذا المعنى حكم مطلق بيع الصاع من الصبرة ، أما لو صرح به فلا دليل على جوازه وقد يحتمل في أصل المسألة أن منشأ الوجهين الاختلاف فيما تقتضيه الأدلة الشرعية في بيع مطلق الصاع من الصبرة من غير مدخلية لتعرف قصد المتعاملين ، بل لو علم خلوهما عن الأمرين معاً ، جاء الوجهان أيضاً ولم يحكم بفساد المعاملة ؛ فتامل جيدا ، فان التحقيق التنزيل على الاشاعة ، ضرورة كونه كالمالين المختلطين ، أو كالمال الذى اشترى أبعاضه ، هذا كله فيما يتوقف رفع جهالته على الاعتبار .

﴿و﴾ أما ﴿بيع ما تكفي فيه المشاهدة﴾ فانه ﴿جائز﴾ مع حصولها بلا خلاف ولا إشكال ، لحصول المقتضى وانتفاء المانع ﴿كأن يقول : بعتك هذه الارض﴾ أو هذا الثوب ، ﴿أو هذه الساجة﴾ بالجيم ﴿أو جزء منها مشاعاً﴾ من غير مسح لها، بناء على كفاية المشاهدة في الثلاثة كما هو الأقوى ، خلافا للشيخ في المحكي من ظاهر خلافه ، فمنع في الأولين من دون مسح، ولاريب في ضعفه ، سيما بعد اقتضاء العمومات الجواز ولا معارض وكذا مالا يكون العدّ معتبرا في معرفته ، كقطيع الغنم ، و جملة النخيل والشجر وصبرة الكتب ونحو ذلك ، فيصح شراؤه بعد مشاهدة كل واحد مثلا

(١) الوسائل الباب -١٩- من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث-١- الجواهر-٢٨

على وجه يعلم به ، وإن لم يعرف عدّه ضرورة عدم كونه كالدراهم ﴿و﴾ نحوها مما يتوقف معرفته على عدّه كما هو واضح .

نعم ﴿لو﴾ أراد بيعها ذرعاناً ﴿قال: بعتكها كل ذراع بدرهم لم يصح إلا مع العلم بذرعانها﴾ بجملتها ، لحصول الجهالة في الثمن ، وإن كانت هي معلومة بالمشاهدة على وجه يصح بيعها ، وهذا هو الفارق بينها ، وبين الصبرة المعلومة حيث صح بيعها كل قفيز بدرهم لأن معلوميتها ، انما تكون من جهة الكيل ، فيستلزم العلم بقدر الثمن ، ولو اكتفينا بالمشاهدة فيها كما ذهب اليه ابن الجنيد ، اشترط في بيعها كل قفيز بدرهم معرفة ما تشتمل عليه منه ليحصل بذلك العلم بقدر الثمن .

﴿ولو قال بعتك عشرة اذرع منها وعين﴾ ابتداء ﴿الموضع﴾ ومنتهاه ﴿جاز﴾ قطعاً بل في المسالك ومحكي التحرير الاجماع عليه ، لكونه معلوماً بالحد والمشاهدة ، فهي عين مشخصة لاجهالة في شيء منها ، ولو عين المبتداء أو المنتهى . فقال : من هنا إلى حيث ينتهي ، أو إلى هنا من حيث يبتدى ، صح ايضاً مع فرض تشخص المبيع بدايته و ونهايته في الواقع ، وإن جهل ذلك المتشخص ، إلا أن جهله ليس لصدقه على كثيرين ، بحيث تكون أفراداً له حتى يكون المبيع كليا من بعض الجهات بل كان الجهل لعدم العلم بخصوص المحل الذي تنتهي اليه العشرة ومثله غير قادح للأصل سواء كانت اجزاء الأرض أو الثوب متساوية أو مختلفة لأن الفرض مشاهدته لها أجمع ، فارتفع الغرر من هذه الجهة ، وليست هي بأعظم غررا من بيع الثوب والأرض برؤية بعضها الذى لاخلاف في جوازه ، ولا من بيع شيء مع عدم العلم بدخول ما يدخل فيه عرفا ، مما يجوز معه النزاع ، بل هذه الجهالة عند التأمل : كالجهالة بوزن العشرة أقفزة مثلا أو بعلو الصبرة التي تحصل منها أو نحو ذلك ، مالا تعد جهالة في العرف ولذا استمر العمل على مقدار الاذرعة من الثياب من دون علم بما ينتهي اليه ذلك المقدار من المذروع منه استمرارا يمكن تحصيل العلم بتقرير المعصوم منه .

فما في الدروس وعن المبسوط والخلاف وابن ادريس والقاضي والمقدس الاردبيلي من الصحة حينئذ قوي جداً ، بل قيل إنه خيرة الارشاد وشرحه لولده ، لكن عن غاية المراد أنه حكى ولد المصنف عن والده إصلاح صح «بلم يصح» حتى يوافق ما في كتبه وفي المسالك «إن الأجود الصحة مع تساوي الأجزاء أو تقاربها ، وإلا فالبطلان أجود» وكأنه أخذه مما عن غاية المراد من أنه قد ينصر الشيخ بأن هذا الاختلاف غير قادح لأنه اختلاف مقاربة لامفارقة مع غلبة تساوى الأجزاء المتجاوزة ، وحينئذ فالأولى أن يحمل قوله تساوي أجزاء الارض غالباً أو تقاربها ، وفيه أنه بناء على ماذكرنا لافرق بين تساوي الأجزاء واختلافها ، لأن جهالتها تتبع الكلى إذا لم يكن مشاعاً منها ، أما إذا كان شخصيا مشاهداً فلا جهالة فيه .

فالأولى بناء كلام الشيخ على ذلك ، لا على ماذكراه وإلا لاتجه الصحة وإن لم يعين المبدأ ولا المنتهى كما في الصبرة ، لكون الفرض التساوى ، أو التقارب ، و قد صرح غير واحد بعدم الجواز بناء على عدم تساوي الأرض و كذا الثوب ، ولذا قال: في المتن ﴿ولو أبهمه﴾ أي الموضع ﴿لم يجز لجهالة المبيع ، و حصول التفاوت في أجزائها ، بخلاف الصبرة﴾ نعم في الدروس أنه لو باعه ذراعاً من ثوب معلوم المساحة وقصدا معيناً أو أن يختار أحدهما ماشاء ، بطل ، وإن قصد الإشاعة صح ، وهو كذلك، إلا أنه غير ما نحن فيه .

ومن ذلك كله ظهر لك أنه لو عين المبدأ وكان المبيع عشرة أذرع كلية بالنسبة إلى غير محل الابتداء لم يصح قطعاً كما إذا لم يعين مبدأ المبيع ، وإن عين مافيه المبيع بداية ونهاية بناء على اختلاف أجزاء الارض على وجه لا يمكن رفعها بالكلى ، وإن شوهد جميع أفراده الدائرة بينها ، اللهم إلا أن يقصد الإشاعة ، فقد يقال: بالصحة ، كما سمعته من الدروس وإن لم يعلم مساحة الأرض ، إذا كان المبيع أذرعاً معلومة ، لكون المبيع حينئذ حصة مشاعة مقدرة بالعشرة أذرع مثلا ، والجهل

بنسبتها إلى المجموع حال العقد غير قادح ، بعد الضبط بالأذرع ، فيملك حينئذ في كل جزء من الثوب على حسب نسبة العشرة إلى المجموع ، نحو ماسمعته في بيع الصاع من الصبرة ، على تقدير التنزيل على الإشاعة ، واختلاف الأجزاء وتساويها لامدخلية لها في علم المبيع و جهالته ، فإذا صح بيع الصاع من الصبرة منزلا على ملك حصّة من الصبرة مشاعة تعلم بنسبة الصاع الى المجموع ، ولايقدح جهالتها حال العقد ، فكذلك المقام .

بل قد ينقدح من ذلك ومماسمعته سابقاً في بيع الصاع من الصبرة من انصراف مطلقه عندنا إلى الاشاعة ، صحة نحو ذلك في المقام ، وإن لم يصرح بقصدها ، فينزل حينئذ على الاشاعة المزبورة ، ويكون صحيحا ، وماعساه يوهمه إطلاق بعض العبارات من عدم جواز مثل ذلك ، بل والصورة السابقة ، يمكن دفعه بظهور الإطلاق في غير ذلك ، وأنّ المراد منه بيع مقدار مخصوص لاعلى جهة الإشاعة ، ولاريب في بطلانه خصوصا في مختلف الاجزاء فتامل جيدا .

فإن الظاهر البطلان مع قصد النسبة بما ذكره من العدد على وجه يكون المبيع الكسر الذي يطابق النسبة المزبورة في الواقع ، لجهالة المبيع التي لا يرفعها ضبط النسبة المزبورة ، وإلا لصح ذلك في القيمي كأن يبيعه من العبد مثلا مايقابل عشرة من النسبة إلى مجموع قيمته ، وهو معلوم الفساد ، ولا ينافي ذلك القول بتنزيل الصّاع من الصبرة على الإشاعة ، فإنه لايراد منه وقوع البيع على الكسر الذي يكون نسبة الصاع إلى مجموعه ، بل المراد منها أن المبيع كلي شايع في مصاديقه في الصبرة كشيوع كلي الشاة في الزكاة في الأربعين في وجه ، وهذا وإن لم يكن من الإشتراك على اشتراك الكسور كالنصف ونحوه ؛ ولكن حكمه حكمه بالنسبة إلى توزيع التالف على المجموع باعتبار عدم تعيين كلي كل من المالكين في فرد مخصوص ، بل هو مصداق لكل منهما و حينئذ فالتحقيق صحة بيع الكلي في الشايع في الافراد الخارجة ، ولكن مع تساوي

الاجزاء كالصاع من الصبرة على الوجه الذي ذكرنا ، وكذا الأرض و الثوب مع فرض تساوى الاجزاء ، ولايصح مع اختلافها ، أما بيعه على وجه النسبة بمعنى كون المبيع الكسر من الصبرة أوالارض المقدر بنسبة الصاع أوالذراع إلى المجموع فغير جائز فى متفق الاجزاء ومختلفها ، ولعله بذلك تعرف الوجه فى إطلاقهم والله أعلم .

﴿ولو باعه أرضا﴾ مثلا ﴿على أنها جربان معينة﴾ مصرّحاً بذلك أو بنى العقد عليه ﴿فكانت أقل فالمشترى بالخيار﴾ بلاخلاف ولا إشكال ، إلا أن الاكثر نقلا و تحصيلا بل فى الرياض أنه حكى الشهرة عليه جماعة على كون الخيار ﴿بين فسخ البيع﴾ واسترجاع الثمن إن كان قدقبضه البايع ﴿و بين أخذها بحصتها من الثمن ، و قيل: بل بكل الثمن ﴾كما هوخيرة الشيخ والقاضى والفاضل و ولده وأبى العباس والصيمرى على ماحكي عن بعضهم ، بل هو ظاهر الوسيلة والنافع و جامع المقاصد ، و قواه فى الميسية على ماقيل ، و استوجهه فى المسالك ﴿والأوّل أشبه﴾ بأصول المذهب و قواعده ، إذ المذكور وإن كان بصورة الوصف والشرط الذين لايوزع عليهما الاثمان لكنهما أجزاء من المبيع حقيقية خارجية فيفوت بفواتها بعض المبيع حينئذ فيثبت الخيار المزبور لتخلف الوصف الذى هو بعض من المبيع ، و بذلك افترق عن بعض الاوصاف التى لاترجع إلى أجزاء من المبيع ، فكان الخيار فيها بتخلف الوصف بين الفسخ والقبول بتمام الثمن ، لكون الفائت ليس جزء مبيع يقابل شيئاً من الثمن ، بل وصفه ، وما نحن فيه ليس من ذلك قطعاً ، بل هو لاينقص عن وصف الصحة الذى يثبت الخيار بفقدها بالعيب بين الرد والقبول بالأرش ، مضافاً إلى خبر عمر بن حنظلة(١) المنجبر بما سمعت قال فيه : «رجل باع أرضاً على أن فيها عشرة اجربة ، فاشترى المشترى منه بحدوده ، ونقد الثمن ، و أوقع صفقة البيع و افترقا ، فلما مسح الارض ، فإذا هي خمسة أجربة ، قال : إن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض ، وإن شاء رد المبيع و

(١) الوسائل الباب ١٢ـ من ابواب الخيار الحديث ـ١

أخذ ماله كله ، إلا أن يكون إلى جنب تلك له ايضا أرضون ، فليوفيه ، ويكون البيع لازما ، وعليه الوفاء بتمام المبيع ، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذى باع ، فان شاء المشتري أخذ الأرض و استرجع فضل ماله ، وإن شاء رد الأرض و أخذ المال كله» واشتماله على ما نقول به مع إمكان تأويله ، لايمنع من العمل بالباقي ، و إشكال ذلك كله - بأن ما فات لاقسط له من الثمن ، لاستحالة تقسيط الثمن على الأجزاء أو العلم ، لعدم الفائت ، وعدم المماثل له ، فاستحال تقومه ، فاستحال ثبوت قسط له ، خصوصا إذا كانت الارض المشتراة مختلفة الاجزاء ، و فرض الفائت من الجيد أو الردّي تحكم ، فاتضح أن الفوات هنا كفوات صفة كمال ، وهو كم ، والكم عرض فكان كالتدليس ، وفرق بينه وبين ما إذا باع عبدين ، فبان أحدهما مستحقا ، لأنه في هذه لم يسلم المبيع ، وهو مجموع العبدين ، وهنا قد سلم المبيع وهو مجموع الأرض ، وإنما فقد منها كونها بقدر الجريب الواحد عشر مرات مثلا ، وهذا وصف يعد كمالا ، ولا يعد نقصه عيبا ، و بأن التقسيط يؤدي إلى جهالة الثمن في الجملة والتفصيل - يدفعه إمكان كون طريق التقويم بأن هذه الأرض المشخصة من غير زيادة عليها ولا نقيصة على فرض أنها عشرة اذرع ، ولو للاشتباه فيها ، قيمتها كذا و على فرض أنها خمسة قيمتها كذا ، فينسب إحدى القيمتين إلى الأخرى ، ويؤخذ من الثمن بنسبته ، فلا يحتاج حينئذ إلى إضافة شيء إليها كي يستشكل بأنه يستحيل تقويمه لعدم المماثل ، حتى يجاب عنه بأن الغالب في الارض التساوي ، فيفرض كونه مساويا لها ، مع أنه قد يستشكل بأنه قد يفرض كونها مختلفة ، فيلتزم كون الفائت مختلفاً على نسبة اختلافها ، إذ الجميع كما ترى ، ولاجهالة حال العقد بعد الإقدام منهما على مقابلتها بالثمن على أنها عشرة ، كما أنه لايقدح الجهالة في التقسيط بعد معلومية المقابلة في الجملة .

ومن ذلك ظهر لك الوجه في قول المصنف «ولو زادت كان البايع بالخيار بين الفسخ والإجازة بجميع الثمن ، وكذا كل ما لا يتساوى أجزاؤه» لعدم موجب التقسيط

هنا ضرورة اختصاص ايجاب التبعيض ذلك بالمشتري ، فلم يبق إلا جهة تخلف الوصف الموجب ضررا على البايع لو كان البيع لازما فثبت له الخيار بالطريق المزبور و إلزام المشتري هنا بإعطاء مايخص الزيادة على نسبة الثمن ، أو تخيره بين ذلك وبين الفسخ لايوافق الضوابط الشرعية ؛ كاحتمال بطلان البيع كما في القواعد .

وعن المبسوط بل عن التبصرة أنه الوجه عندي لجهالة المبيع ، لكون الزيادة غير معينة ، إذ فيه أن المبيع بحسب الصورة هو المجموع ، و قد تجد دكون الزائد ليس منه بعد الحكم بصحة العقد ، على أن ذلك مبنى على كون الزياده للبايع ، و هو خلاف التحقيق كما ستعرف ، بل قد عرفت أن مبنى كلام المصنف ، ومن عبر كعبارته على ذلك ، ومن هنا كان لا يرد على المتن بقرينة ذيله ، أن ايجابه التقسيط في الاول قاض بالتبعيض ، و إثباته الخيار المزبور هنا قاض بأنه من تخلف الوصف فيتدافع ، إذ قد عرفت اجتماع الحيثيتين في الأول بخلاف الثاني .

لكن قد يناقش بأنه و إن كان التبعيض لا يوجب تقسيطاً بالنسبة الى البايع ، إلا أن مقتضاه كون الزيادة للبايع كما صرح به بعضهم ، و احتمله آخر و لا يكون له خيار حينئذ واحتماله ـ حينئذ للتضرر بعيب الشركة ـ يدفعه أولا أنه هو الذى غـرر بنفسه ، و ثانيا عدم الضرر عليه بعد أن كـان قادمـاً على مقابلة الجميع بالثمن ، فظهور الشركة في الحقيقة نفع لاضرر عليه ، والتسلط بمثله على الخيار محل شك، بل منع لأصالة اللزوم .

نعم لابأس به بالنسبة للمشتري حينئذ لأنه أقدم على كون الجميع له ،فظهور الشركة فيه عيب بالنسبة إليه ، بل لا يسقط حتى لو بذل البايع الزيادة ، لعدم وجوب القبول عليه ، فلاريب حينئذ في ضعف الاحتمال المزبور ، وأضعف منه حمل المتن عليه ، ضرورة ظهوره في كون متعلق الخيار مجموع الأرض ، بجميع الثمن .

فالتحقيق كون الزيادة والنقيصة من واد واحد ، والظاهر أنه من تخلف الوصف

فيهما ؛ لأن المفروض كون المبيع عيناً مشخصة محددة غير قابلة للزيادة والنقيصة إلاأنه وصفها البايع بمقدار مخصوص ، وأخذها المشتري على ذلك الوصف فتخلف ، فحصل الضرر منه على البايع أو المشتري ، فيثبت الخيار ؛فليس فی الحقيقة فواته مفوتاً لجزء من المبيع ، لماعرفت من أنه محدد مشخص غير قابل للزيادة والنقيصة .

لكن الخبر المزبور (١) الذی عمل به جماعة من الأصحاب أوجب التوزيع فی صورة النقصان ، ولامحيص عن العمل به إن لم يحمل بقرينة ذيله على كون المبيع عشرة معينة الإبتداء إلى أن تنتهي ، بناء على صحة ذلك ، فبان قصورها عن العشر ، فإن التوزيع هنا متجه ، ضرورة كون مورد البيع المعدود من حيث العدد ، إلاأنه خلاف الظاهر ، وذيله -بعد أن انفرد الشيخ بالعمل به فی النهاية التی لم تعد للفتوى ، فلاجابر له بالنسبة إلى ذلك - لابأس بطرحه أو تنزيله على مايوافق الضوابط وإن بعد، ولايمنع من العمل بما تضمنه من التوزيع المزبور .

﴿و﴾ منه يعلم حينئذ الحال فيما ﴿لو نقص مايتساوى أجزاؤه﴾ فإنه ﴿ثبت الخيار للمشتري بين الرد وأخذه بحصته من الثمن﴾ وفاقا للشيخ والفاضل فی بعض كتبه والشهيدين فی الدروس واللمعة وغاية المرام على ما حكي عن بعضها ،بل عن الأخير أنه المشهور ، بل هو لازم لجميع من عرفته ممن قال به فی مختلف الأجزاء ضرورة أولويته منه بذلك،ولذا أرسله بعضهم فی ضمن الاستدلال إرسال المسلمات ، بل ظاهر المقداد فی التنقيح أو صريحه ، أنه لاكلام فيه لإمكان توزيع الثمن فيه على أجزائه، فلامانع فيه من هذه الجهة ، بل إذا كان منه مالايضبط إلابالوزن و نحوه ، ولاتكفي فيه المشاهدة ، كما هو الغالب فيه بكون التقدير فيه ملاحظا فی المبيع أولا وبالذات ،فكأنه باعه المقدر من حيث التقدير ، فيفوت البعض بفواته .

١- الوسائل الباب ١٢- من ابواب الخيار الحديث ١

إلا أن الإنصاف كون العمدة إلحاقه بمضمون الخبر المزبور (١) وإلا فمتساوي الأجزاء، وإن كان يمكن توزيع الثمن عليه، وليس فيه المانع المزبور، لكن بعد أن كان عينا مشخصة لاتزيد ولاتنقص صار التقدير المفروض فيها وصفاً أيضاً، حتى لو كان وزنا ونحوه، إذ هو طريق إلى المعلومية المسوغة للإقدام على البيع كالوصف، لا أنه بعض مبيع؛ ولذا كان خيرة الفاضل في القواعد التخيير فيه بين الرد والأخذ بالثمن، بل هو المحكي عن ولده في الإيضاح، وعن الشهيد في حواشيه، والميسية والكفاية أنه أقوى، وفي المسالك أنه متجه، ومال اليه في جامع المقاصد، إلا أن فيه إعراضا عن الخبر المزبور، المنجبر بما عرفت، فالتوزيع هو الاقوى.

نعم هو متجه فيما لو زاد، فيتخير البايع بين الرد والقبول بالثمن المسمى؛ كما سمعته في مختلف الأجزاء وفاقاً للفاضل في القواعد، والمحكي عن ولده في شرح الإرشاد ومال إليه المحقق الثاني والمقدس الاردبيلي على ما حكي عنه، بل ربما قيل إنه لازم لكل من قال به في مختلف الأجزاء ممن عرفت، فحينئذ يكون الزيادة للمشتري، ولاخيار له حينئذ، لأن المتضرر بفوات الوصف البايع دونه، خلافاً للمبسوط والتحرير والإرشاد والتبصرة والتنقيح وظاهر موضع من الدروس، فجعلوا الزيادة للبايع على ما حكي عن بعضها، بل في مجمع البرهان لاشك في أنها له، بل في التنقيح لاكلام فيه، ولعله لايخلو من قوة فيما يعتبر فيه الوزن والكيل والعدد، إذ التزام دخول الصبرة المبيعة بعنوان أنها وزنة في ملك المشتري وإن كانت وزنتين لايخلو من صعوبة.

وعلى كل حال فالمتجه ثبوت الخيار للمشتري، لأنه خلاف ما قدم عليه، وللتضرر بالشركة دونه، نحو ما سمعته في مختلف الأجزاء فمن الغريب ما في القواعد والتحرير من عدم الخيار له على هذا التقدير، ولعله لعدم التضرر، فهو كالصاع من الصبرة إلا أنه

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب الخيار الحديث ١

كما ترى ؛ فتأمل جيدا في جميع ماذكرنا، فإن منه يظهر لك الخلل في جملة من كلمات الأصحاب في مواضع متعدده والله أعلم.

﴿ولو جمع بين شيئين﴾ مثلا ﴿ مختلفين ﴾ في كون كل منهما مورد عقد مخصوص ﴿في عقد واحد بثمن واحد كبيع وسلف﴾ فقال : بعتك هذا العبد وعشرة اقفزة حنطة موصوفة بكذا مؤجلا إلى كذا بمأة در هم﴿ أو إجارة وبيع ﴾ فقال : آجرتك الدار وبعتك العبد بكذا ﴿أو نكاح وإجارة﴾ فقال: أنكحتك نفسي وآجرتك الدار بكذا ﴿صح﴾ بلا خلاف أجده فيه، وإن أوهمه نسبة بعضهم إياه إلى الأكثر بل قيل صرّح في المبسوط بأن فيه خلافا عندنا ، لكنه احتمل إرادته من العامة .

نعم عن الأردبيلي أنه تأمل فيه، ولعله للشك في نقل مثل هذا العقد الذي لايدخل في اسم كل منهما ، و إلا اعتبر فيه ما يعتبر فيهما ، ولأن الجهالة والغرر وإن ارتفعا بالنسبة إلى هذا العقد ، إلا أنهما متحققان بالنسبة إلى البيع والاجارة ، وقد نهى الشارع عنهما في كل منهما(١) وارتفاعها بالنسبة إلى مجموع العقد غير مجد ، وليس هو كالمبيعين الذين فسد البيع بالنسبة إلى أحدهما، للاكتفاء فيه بمعلومية ثمن المجموع الذي هو مبيع والجهل بالتقسيط غير قادح بعد أن كان بالنسبة إلى جزء المبيع لا إلى مجموعه، بل لعل مثل ذلك غير قادح حتى مع العلم بالفساد من أول الأمر، لصدق معلومية ثمن المبيع، و لو كان البيع في بعضه فاسدا بخلاف المقام الذي ثمن تمام المبيع فيه مجهول ، و إن كان هو معلوما بالنسبة إلى مجموع العقد .

اللهم إلا أن يقال: إن المعلوم من قدح الجهالة ، إذا كان البيع عقدا مستقلا لاجزء عقد، فاطلاق الأدلة بحاله، كما أن عموم قوله تعالى (٢) «أوفوا بالعقود» كاف في ثبوت مشروعيته ، بعد ظهور اتفاق الأصحاب عليه، الذي يكفي في ثبوت معهوديته ، فتشمله الآية

---

١ ـ الوسائل الباب ٤٠ من ابواب آداب التجارة الحديث ٢ المستدرك ج٢ ص ٤٧٥.
(٢) سورة المائده الاية ١

وإن قلنا بأن اللام إشارة إلى العقود المتعارفة ، إذ لا طريق لنا إلى ذلك إلا كلام الأصحاب، فيكفي حينئذ معلومية العوض لهذا العقد الذي هو في الصورة عقد واحد وفي المعنى عقدان أو عقود، ولذا يجري عليه حكم كل منها لنفسه من غير مدخلية للآخر نحو خيار المجلس وغيره ، كما هو واضح ، إلا أنه من حيث اتحاد القبول فيه ـ باعتبار عدم الدليل على اعتبار القبول بعد العقد على وجه لا يشاركه غيره في معناه ـ واحد .

﴿و﴾ حينئذ فإن احتيج إلى أن ﴿يقسط العوض﴾ لتعدد المالك أو غيره قسّط ﴿على قيمة المبيع وأجرة المثل﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿و﴾ على ﴿مهر المثل﴾ بلا خلاف أيضاً إلا أنه أشكل بأن المفوّضة ترجع إلى مهر السنة لو زاد مهر المثل عنه، وهنا لما لم يتعين لها مهر مقدر ابتداء، أشبهت المفوضة، فلا يتم إطلاق مهر المثل، ويدفع بأنها هنا ليست مفوضة بل مسماة المهر ، غايته عدم العلم بقدر ما يخصه ابتداء ، على أن الرجوع إلى مهر السنة على تقدير زيادة مهر المثل محل تأمل أو منع .

نعم هو مسلم بالنسبة إلى مفوضة البضع، وهذه ليس منه قطعاً كما هو واضح، ولو كان أحد الأعواض مؤجلا ، قسّط عليه كذلك ، فلو باعه عبداً يساوي عشرة حالا، وعشرين مؤجلا فباعه مؤجلا، وأجره داره مدة سنة بعشرين ، والعوض عشرون ، فإنه يقسط بينهما بالسوية ﴿وكذا يجوز﴾ بلا خلاف بل ولا إشكال ﴿بيع السّمن بظروفه﴾ مع العلم بوزن المجموع الكافي عن معلومية وزن كل منهما ، بعد اقدام المشتري على الرضا بكون سعر الظرف سعر الدهن ، فإذا احتيج إلى التقسيط قسط على ثمن مثلهما ، بأن يقال : قيمة الظرف مثلا درهم ، وقيمة السمن تسعة فيخص الظرف عشر الثمن ﴿ولو قال: بعتك هذا السمن بظروفه كل رطل بدرهم﴾ بعد العلم بوزن المجموع ﴿كان جائزا﴾ أيضاً لما عرفت

من وجود المقتضى وارتفاع المانع ، والتقسيط فيه بأن يوزن الظرف منفردا وينسب إلى الجملة ، ويؤخذ له الثمن بتلك النسبة ، وبذلك افترق هذا المثال عن الاول كما هو واضح والله أعلم .

﴿ الفصل الخامس: في احكام العيوب ﴾

﴿ من اشترى مطلقا أو بشرط الصحة إقتضى سلامة المبيع من العيوب ﴾ بلا خلاف ولا اشكال في الثاني؛ بل والأول إن كان المراد الاقتضاء شرعاً ، أما عرفاً فلا يخلو من إشكال ، خصوصا بعد عدم الانصراف في مثل التكاليف والوصايا ونحوهما وأصالة السلامة لا تقتضي إرادة السالم من الاطلاق، وإلا لاقتضت في الجميع ، بل لم يكن المعيب بعض أفراد المبيع لو كان كليا.

أللهم إلا أن يفرق بينها وبين البيع بل جميع عقود المعاوضات ، والاطلاق إنما يقتضي السلامة في المبيع ،لأن المبيع السالم، فلا ينافي كون المعيب فردا هذا.ولكن مع ذلك لا يخلو الانصراف المزبور عرفاً من تامل في بعض الاحوال ،خصوصا بالنسبة إلى بعض العيوب والامر سهل، لكن صريح جماعة أن الشرط المزبور بعد تسليم الانصراف المذكور مؤكد بل لم أجد قائلا بغيره .

نعم في المسالك «وربما قيل: إن فائدة اشتراط الصحة جواز الفسخ وإن تصرف لو ظهر عيب،فيفيد فائدة زائدة على الاطلاق كاشتراط الحلول »وهو متجه، وإن قال بعض مشايخنا إني لم أجد هذا القول لأحد من العامة والخاصة، ضرورة أنه لا بأس باجتماع الجهتين عملا بالدليلين الغير المتنافيين ، نعم قد يتوقف في أصل صحة اشتراط ذلك كسائر الصفات في الاعيان الشخصية ،لظهور أدلة الشرط في أنه مما يكلف المشترط عليه بالوفاء به ، وفي الفرض لا يتصور ذلك على تقدير عدم الاتصاف ، إلا أنه قد يمنع اعتبار ذلك في الشرط ، وإن كان فائدته حينئذ أنه في مثل ذلك قلب اللازم جايزا،

فتأمل جيدا والله أعلم .

و كيف كان ﴿ فان ظهر به عيب سابق على العقد فالمشتري خاصة بالخيار ، بين فسخ العقد وأخذ الأرش ﴾ اجماعاً محصلا، و محكيا مستفيضاً ، صريحاً و ظاهرا ، وهو الحجة مضافا إلى ما أرسله ـ في محكي الخلاف من الأخبار و خبر الضرار (١) و فقه الرضا (٢) بناء على حجيته «إن خرج في السلعة عيب وعلم المشتري فالخيار إليه إن شاء ردّ و إن شاء اخذ أورد عليه بالقيمة أرش المعيب» والظاهر زيادة أو فيه كما عن بعض الأجلة، ولعل المراد «الهمزة» ـ والى المعتبرة التي منها مرسل جميل (٣) عن أحدهما عليهما السلام «في الرجل يشترى الثوب أو المتاع فيجد به عيبا قال: إن كان قائماً رده على صاحبه وأخذ الثمن ، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب» وغيره إلا أنه ليس فيها جميعاً ذكر الا مضاء مع الارش ، بل ظاهرها الرد خاصة كما اعترف به في الرياض ، لكن قال: «إن الاجماع ولو في الجملة كاف في التعدية » .

قلت : إن لم يثبت أولوية ثبوت الارش قبل التصرف المزبور منه بعده ، لوضوح منعها ، أو أن ثبوته ـ لأنه عوض جزء من المبيع ـ قد فات ، فهو كمقابل أحد المبيعين من الثمن لو بطل البيع فيه، بناء على مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن ، ويكون إستحقاق المشتري له على القاعدة ، كما في تبعض الصفقة؛ وفيه أنه أوضح منعاً من الأولوية المزبورة لعدم ثبوت التوزيع المزبور قصداً ولا شرعاً على وجه يتناول الحكم المذكور ، بل تصريحهم بأنه يسقط بالإسقاط بعد العقد ، بحيث لا يصح الرجوع منه بعده كما ستعرف ينافيه ضرورة عدم صحة تسلطه على الأعيان ، ولو كان بمنزلة الهبة جاز الرجوع فيها ، فالعمدة حينئذ في ثبوته ماعرفت .

وقد يظهر من المتن وغيره ، أن الخيار المزبور عند ظهور العيب ؛ لأنه كاشف عن

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣ـ٥

(٢) المستدرك ج٢ ص٢٧٨ .

(٣) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الخيار الحديث ٣

ثبوته حال العقد؛ لكن يمكن عدم إرادة ذلك منها، وإن اقتضاه ظاهر التعبير المساق إلى بيان أن ثمرته عند الظهور، لعدم تصور فائدة له قبل العلم غالباً، لكن فيه إن له ثمرات. منها: إسقاطه بالتصرف قبل ظهوره، ولولا أنه ثابت لم يتصور سقوطه به، إلا أن يكتفي بوجود سببه وكذا إسقاطه، ومنها: أنه لو فسخ قبل ظهوره أثر الانفساخ حينه ولو تأخر الظهور عن ذلك فتأمل جيداً، والظاهر ثبوت الخيار المزبور في العيب في الثمن، وإن خلت عنه اكثر النصوص والفتاوى إن لم يحمل المبيع فيها على ما يشملهما؛ وهو كما ترى، ولا ينافي ذلك قول المصنف خاصة ضرورة كون المراد ذلك بالعيب في المبيع والله أعلم؛

﴿و﴾ كيف كان ف﴿يسقط الرد﴾ والأرش ﴿بالتبرّي من العيوب﴾ بأن يقول: بعتك هذا بكل عيب، أو وأنا بريء من كل عيب، أو نحو ذلك مما لا يفرق فيه بين العيوب ظاهرة أو باطنة، معلومة أو غير معلومة، حيواناً كان المبيع أو غيره، إجماعا محكيا صريحا عن الخلاف والغنية والتذكرة، وظاهرا في غيرها إن لم يكن محصلا، ضرورة كون المراد البراءة مما رتب الشارع عليه من الحكم، وهو الرد أو الأرش. فهو حينئذ شرط مندرج فيما دل على الشرائط، حتى لو ذكره قبل العقد، وبنياه عليه بناء على أنه حينئذ كالمصرح به فيه، ولأن المشتري حينئذ راض به على ذلك، فهو كما لو علم به وأقدم عليه، بل يشمله دليل ذلك، بل قد يقال: إن في شمول أدلة الخيار المزبور لمحل الفرض محل شك، بل ظاهرها خلافه، فيبقى أصالة لزوم العقد وأصالة براءة الذمة من الأرش بلا معارض.

مضافاً إلى مفهوم الحسن أو الصحيح (١) «أيما رجل اشترى شيئا فيه عيب أو عوار، ولم يتبرء إليه منه ولم يبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً وعلم بذلك العيب وذلك العوار أنه يمضي عليه البيع، ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» وخبر جعفر بن عيسى (٢) قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الخيار الحديث٢

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب احكام العيوب الحديث ١

يباع فيمن يزيد فينادي عليه المنادي ، فإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه ، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقد الثمن ، فربما زهد فاذا زهد فيه ادعى عيوباً وأنه لم يعلم بها ، فيقول له المنادي قد تبرئت منها ، فيقول المشتري : لم أسمع البرائة منها ، أيصدق ؟ فلا يجب عليه الثمن ، أم لا يصدق فيجب ؟ فكتب عليه الثمن » الذي يمكن تقرير الدلالة فيه على المطلوب بوجهين .

ويصح التبري من العيوب المتجددة ، بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه ، لأن المراد التبري من الخيار الثابت بسببها بمقتضى العقد ، فليس براءة مما لم يجب ، على أنه يمكن منع عدم صحته على جهة الشرطية . ثم على الصحة فالظاهر شمول إطلاق البراءة من العيوب لها ، وإن كان المنساق أولا الى الذهن العيوب الموجودة حال العقد .

﴿و﴾ كذا يسقطان ﴿بالعلم بالعيب قبل العقد﴾ بلا خلاف أجده ، لأن إقدامه معه رضا منه به ، ولا خلاف في الغنية في سقوط خيار العيب به حينئذ ، مضافاً إلى أصلي لزوم العقد وبراءة الذمة من الأرش ، ضرورة ظهور أدلة الخيار المزبور في غير الفرض وإلى مفهوم خبر زرارة (١) المتقدم المتمم بعدم القول بالفصل بين عدم الأرش والرد معه ، بل قد يقضي إطلاقه كالفتاوى السقوط به فيما لو علم به ثم نسيه ، وهل يصح شرائه من العالم مصرحاً ببقاء خيار العيب له ؟ ونحو ذلك مما يرفع دلالة العلم على الرضا به معيباً ؟ الأقوى ذلك ، لأنه كالشرط حينئذ ، بل لو اقتصر على خصوص الرد من مقتضى العيب صح أيضاً لذلك ، وأما لو اقتصر على الأرش فقد يحتمل البطلان ، لتجهل الثمن حينئذ ، ويحتمل الصحة اكتفاء بعلم الثمن بالجملة كما لو باع ما يصح وما لا يصح مع العلم به .

﴿و﴾ يسقط الخيار المزبور أيضاً ﴿باسقاطه بعد العقد﴾ بلا خلاف ، لأنه من الحقوق التي تسقط بالاسقاط ، كما عرفته في الخيارات السابقة ، فيسقط الرد حينئذ

---

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الخيار الحديث ـ ٢

﴿وكذا الأرش﴾ ، لأنهماهنا متعلقاه ، فإسقاطه إسقاطهما معاً ، و لو اقتصر على إسقاط أحدهما صح وإن اتحد سبب استحقاقهما كماهوواضح ، و يمكن استفادته من العبارة .

﴿ويسقط الرد﴾ خاصة ﴿باحداثه فيه حدثا كالعتق وقطع الثوب﴾ بلاخلاف معتد به بل في المختلف وعن شرح الارشاد للفخر الاجماع عليه ﴿سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده﴾ على نحو ماسمعته في الخيارات السابقة؛ ضرورة اشتراكه معها في أن له الفسخ وإن زاد عليها بالارش، فيسقط مابه الاشتراك كما يسقطها، ولذا كان البحث السابق في التصرف المسقط آتياهنا مضافا، إلى مرسل جميل(١) وخبر زرارة (٢) السابقين الدالين على ثبوت الارش لعدم دلالة التصرف على اسقاطه شرعا ولاعرفاً ، خلافا لما عن ابن حمزة في الوسيلة فاسقط الارش به إذا كان بعد العلم به، ولاريب في ضعفه للاصل وإطلاق النص (٣) .

بل في صريح الغنية أوظاهرها الاجماع عليه ، مؤيدا بالتتبع لفتاوى الأصحاب صريحها وظاهرها ، بل عن شرح الارشاد للفخر الاجماع على ثبوت الأرش ،على أن فيما حضرني من نسخة الوسيلة «وإن علم بالعيب ثم تصرف فيه لم يكن له الرد والأرش ، لأن تصرفه ليس بموجب لرضاه » وتعليله إنما ينطبق على أن له الأرش ، ولعل الاسقاط من النساخ ، والافلاريب في ضعفه ، كضعف ماعن المبسوط من أن التصرف قبل العلم لايسقط الخيار ؛ للأصل المنقطع بما عرفت ، ومفهوم خبر زرارة المحتمل لأن يكون المراد منه أنه لو أحدث فيه شيئا ثم علم به لم يكن له الخيار، لأن الحدث إذا كان بعد العلم ينفي الخيار، حتى يستدل بمفهومه على أن الحدث قبله لاينفيه ، بل لعل المراد منه أنه لايتحقق ثبوت الخيار إذا لم يكن علم به، فتأمل جيدا ، وماعنه أيضاً من أنه إن كان بيع المشتري له قبل علمه بالعيب وعاد إليه فله رده ، وماعنه أيضاً والمقنعة و النهاية من أن الهبة والتدبير لايمنعان من الرد لأن له الرجوع فيهما بخلاف العتق، لما عرفت من إطلاق النصوص والفتاوى ومعاقد الاجماعات والله أعلم .

(١-٢-٣) الوسائل الباب ١٦ -من ابواب الخيار الحديث ٣-٢

﴿و﴾ كذا يسقط الرد ﴿بحدوث عيب بعد القبض﴾ غير مضمون على البايع بلا خلاف أجده فيه، بل عن شرح الارشاد للفخر الاجماع عليه ،وفي محكي الخلاف الاجماع والأخبار على أنه ليس له رده إلا أن يرضى البايع بأن يقبله ناقصا فيكون له رده ، وأنه يكون له الأرش إن امتنع البايع من قبوله معيبا ،وعن موضع من المبسوط «إذا باع عبداً وقطع طرف من أطرافه عند المشتري ، ثم وجد به عيبا قديما سقط حكم الرد إجماعاً ووجب الأرش» وعنه أيضاً «نفي الخلاف عن أن له الأرش إذا امتنع البايع من قبوله» ولعل مراده من الشرط أن له رده إن أراده إذا لم يمتنع البايع من قبوله ، لا نفي الأرش حينئذ وإن اختاره.

لكن في التحرير «لو تعيب عند المشتري لم يكن له رده، فلو اختاره البايع جاز ولو أراد المشتري الارش حينئذ قال الشيخ : ليس له ذلك ، والوجه عندي أن له الأرش إن اختاره ولو امتنع البايع من قبوله معيباً كان للمشتري حق الارش قولا واحداً» وفي الدروس «وثاني الامور المسقطة للرد دون الارش، حدوث عيب عند المشتري مضمون عليه، إلا أن يرضى البايع برده مجبورا بالأرش أو غير مجبور ، ولا يجبر البايع على الرد وأخذ الأرش ، أي أرش العيب الحادث ، ولا يتخير المشتري بينه وبين المطالبة بأرش السابق ،ولو قبل البايع الرد لم يكن للمشتري الأرش بالعيب الأول عند الشيخ » و قد فهما منه الخلاف في ذلك ، وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه ، للأصل وإطلاق الادلة والاجماع السابق المعتضد بفتاوى الأصحاب ، بل إن لم يثبت إجماع على سقوط الرد به مطلقا لأمكن المناقشة فيه ، إذا لم يكن من جهته بحيث يعد تصرفاً فيه ، لعدم معارض للادلة المزبورة ؛ خصوصا مع عدم سقوط غيره من الخيار بذلك ، بل قد عرفت عدم سقوطه فيما لو تلف بآفة سماوية في وجه ، فضلا عن التعيب ، وتعليل غير واحد من الاصحاب السقوط هنا بأنه لما كان مضمونا عليه كان بمنزلة إحداثه فيه حدثا ، ولو كان من غير جهته فنقصانه محسوب عليه ، فيمنع الرد ﴿ويثبت الأرش﴾ حينئذ لذلك كما ترى ، وإلا لجرى في غيره من الخيارات .

نعم يتجه جبره بالأرش لو أراد ردّه لنفي الضرر، ولعله لذا قال في الغنية: « فان لم يعلم بالعيب حتى حدث فيه عيب آخر كان له أرش العيب المتقدم دون الحادث إن اختار ذلك، وإن اختار الرد كان له ذلك ما لم يحدث هو فيه حدثاً» وظاهره عدم سقوط الردّ بذلك وهو جيد على الوجه الذي قلنا ان لم يثبت إجماع على خلافه أو يدعى دلالة مرسل جميل (١) المشتمل على اشتراط الرد بقيام الثوب بعينه، وأنه متى قطع أو خيط أو صبغ تعين الأرش أو يدعى أن مفهوم الرد لا يتحقق إلا مع عدم تعيب العين، والجبر بالأرش لا يصيره ردا حقيقة مضافاً إلى أصالة لزوم العقد التي يجب الاقتصار في خلافها على المتيقن و هو غير الفرض.

نعم يمكن القول ببقاء الرد بالعيب السابق إذا كان العيب الحادث من البايع، وإن كان قد يشمله المتن ونحوه، بل ومن وصف العيب بكونه غير مضمون على البايع؛ ضرورة كون المراد إخراج صورة الخيار ونحوها مما كان العيب فيه مضموناً عليه، لا مثل الفرض الذي كان الضمان فيه عليه نحو ضمان الأجنبي لو كان جانيا، إلا أن المتيقن من إطلاقها وإطلاق معاقد الاجماعات السابقة غير ذلك، فيبقى على أصالة الرد هذا وفي القواعد لو كان العبد كاتباً أو صائغاً فنسيه عند المشتري لم يكن له الرد بالسابق ولعله لأن نسيان الصنعة عيب، أو أنه مغير للعين تغييراً يمنع من ردها، ومثله نسيان الدابة الطحن والله أعلم.

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الرد﴾ بالعيب السابق قطعاً، بل يمكن تحصيل الاجماع فضلا عن محكيه؛ لكونه مضمونا على البايع، ولذا كان للمشتري الرد به، فضلا عن العيب السابق بلا خلاف، بل حكى الاجماع عليه غير واحد.

نعم اختلفوا في ثبوت الأرش به، وقد تردد المصنف فيه سابقاً، و ذكرنا التحقيق فيه فيما تقدم فلاحظ، إنما البحث الآن في العيب السابق ولا إشكال في ثبوت الرد والأرش

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الخيار الحديث -٣

به معه ،كما عرفت ، ومثله حدوث العيب من غير جهة المشتري في الثلاثة لو كان المبيع حيواناً ، لأنه أيضاً مضمون على البايع ، فلا يمنع حكم العيب السابق ، وكذا كل خيار مختص بالمشتري ، بناءً على إلحاقه في ثلاثة الحيوان في الضمان لما يحدث فيه، كما تقدم تحقيق الحال فيه، والظاهر تعدد سبب استحقاق الرد حينئذ ، وتظهر الثمرة في أمور، فما عن المصنف ـ من أن له الرد بأصل الخيار ، لا بالعيب الحادث ، و ابن نما بالعكس ـ في غير محله ، بل مقتضى الجمع بين الدليلين الحكم بالسببين كما هو واضح ، على أنه لم نتحقق هذه الحكاية عنهما في المقام .

نعم ستسمع كلامهما في حدوث العيب في ثلاثة الحيوان وتحقيق الحال فيه ، وهو غير المقام ، أللهم إلا أن يراد جريان نظيره هنا، لكنه لا يتم في المحكي عن ابن نما هناك من إيجاب الرد والأرش ، لكن يمكن البحث في المسألة لنفسها ، بفرضها في العيب المتجدد قبل القبض مثلا ، و كان معيبا سابقاً ، فهل يتعدد سبب الخيار في الرد بهما لكونهما سببين ، أو يختص بالأول ، لأنه المؤثر ، ولا أثر للثاني لكونه تحصيل الحاصل لأن جنس العيب اتحد أو تعدد هو السبب، أو يختص بالثاني باعتبار انقطاع حكم الرد بحدوث العيب ، و إن كان مضمونا على البايع لإطلاق دليله ، و يبقى حكم الـرد للثاني ، إلا أنه لا يخفى عليك ضعف الأخير ، بل يمكن تحصيل الاجماع على خلافه كما عرفت .

وأما الثاني فلوجه لو كان دليل الخيار به مستفاداً من دليل الخيار بالأول ، ضرورة كونه حينئذ كتعدد القديم في ظهور عدم تعدد الخيار به ، على وجـه يصح إسقاطه من جهة واحد دون الآخر ؛ لكون المجموع بعد وجدانها دفعة أو تدريجاً سبب واحد .

نعم قد يقال :لو وجد أحدهما ثم رضي به ثم وجد آخر كان له الرد به؛ لظهور الأدلة في سببية الثاني حينئذ ، ضرورة كونه كما رضي بالعيب قبل العقد فوجد غيره ؛ لكن

من المعلوم عدم ظهور هذه الادلة في المتجدد ، بل هي كالصريحة في السابق ، وحينئذ يكون السابق صنفا ، والمتجدد آخر فيعمل كل مقتضاه ، وسقوط الرد من أحدهما لايقتضي سقوطه من آخر ، فتأمل جيداً فان المسألة محتاجة بعد إلى تنقيح .

فقد تلخص لك من ذلك مايسقط الرد والأرش ، والأول خاصة ، لكن كان عليه ذكر الانعتاق قهرا من القسم الثاني ، كما لو اشترى أباه ثم وجد به عيبا فانه يتعين الأرش هنا لعدم التمكن من الرد أللهم إلا أن يتكلف إدراجه في التصرف أوغيره أو يقال بثبوت الرد فيه ، لكن بدفع القيمة عوضا عنه لمعلومية بدليتها ، وإن كان قد يدفع الأخير ماستعرفه من أن التلف هنا مسقط للرد بالعيب ، ويبقى الأرش ، فالانعتاق قهرا منزل منزلته ، والأمر سهل .

وقد يسقط الأرش ويبقى الرد فيما لو اقتصر على إسقاطه دون الرد ، وفيما لو أدت قيمة المعيب عن الصحيح أوساوتها ، كما لو ظهر العبد خصيا ، فان المشتري يتخير بين الرد والامساك مجاناً ، لعدم الاطلاع على قدر نقص القيمة الذي هو المدار في نقص المالية ، بل أصالة براءة الذمة كافية في نفيه ، بعد ظهور أدلة ثبوته أوصراحتها في غيره من العيوب التي تنقص القيمة ، و لايجرى مثله في الرد بعد فرض كونه عيبا بلا خلاف أجده فيه .

بل ظاهر التذكرة وجامع المقاصد الاجماع على ثبوت الخيار به ، بل هو مقتضى مارواه ابن مسلم (١) لابن أبي ليلى في الشعر على الركب ، فالرد به حينئذ لا إشكال فيه ، وإن احتمل بعض متاخري المتاخرين عدمه ، كالأرش للأصل ، و ظهور نصوص الرد (٢) في العيب المنقص للقيمة لامازاد فيها ، لكن فيه منع واضح بعد ماعرفت ، بل قد يظهر من إطلاق الفتاوى كون العيب مازاد عن الخلقة أو نقص ، وأن فيه الرد والأرش ثبوته فيه ، ولذا استشكل فيه غير واحد من المحققين ، ولعل طريق تأريشه حينئذ الغاء

---

(١) الوسائل الباب ١ـ من ابواب احكام العيوب الحديث ١

(٢) الوسائل ١ ـ٨ من ابواب احكام العيوب

مايترتب على الخصا من المنفعة التي هي بالنسبة إلى بعض أفراد الناس .

كالحكام والسلاطين ، ثم تقويمه فحلا صالحا للنسل ، ولما يقدر عليه الفحول من الاشغال، ولاريب في حصول النقص حينئذ وإن كان قد يناقش بأن ذلك إضرار على البايع خصوصا إذا كان حيوانا يراد منه كثرة لحمه وشحمه ، وحرمة الفعل في الآدمي بل وفي غيره كما عن نهاية الاحكام ؛ نسبته إلى علمائنا ، لاتنافي زيادة المال من جهته ،وربما لايكون البايع فاعلا له ، بل قيل أن المصرح بجوازه في غير الآدمي كثيرون ، خلافا للقاضي والتقي خاصة فلم يجوزاه .

وكيف كان فالأرش محل نظر، سيما في شعر الركب ونحوه مما لاطريق الى الفرض المزبور فيه. نعم يمكن القول بعدم سقوط الرد هنا بالتصرف قبل العلم فيه ، و بحدوث عيب لامن جهته للضرر معه. ومن هنا قال في الدروس :«لو زادت قيمة المعيب عن الصحيح كما في الخصي احتمل سقوط الأرش ، وبقاء الرد لاغير؛ وقد يشكل مع حصول مانع من الرد كحدوث عيب أو تصرف ، فان الصبر على العيب ضرار ، والرد ضرار » ونحوه في المسالك «وزاد ويمكن ترجيح البقاء اعتباراً بالمالية وهي باقية » قلت لاطريق بعد عدم السبيل إلى التاريش لعدم معرفته ، إلا القول بعدم سقوطهما الرد هنا ، بعد جبر العيب الحادث بالأرش من المشتري أو الالتزام كما هو واضح .

ومما يسقط فيه الأرش ، خاصة ما لو اشترى ربويا بجنسه وظهر عيب فله الرّد دون الأرش حذرا من الربا ، ومع التصرف أو حدوث عيب ، فيه البحث المذكور، وقال في الدروس هنا : « لو اشترى ربويا بجنسه وظهر فيه عيب من الجنس ،فله الرد لا الأرش حذرا من الربا ، ومع التصرف فيه الاشكال ، ولو حدث عنده عيب آخر احتمل ردّه ، وضمان الأرش كالمقبوض بالسوم ، واحتمل الفسخ من المشترى، أو من الحاكم ويرتجع الثمن ، ويغرم قيمة ماعنده بالعيب القديم ، كالتالف من غير الجنس ، والأول أقوى، لأن تقدير الموجود معدوماً خلاف الأصل » وهو جيد جداً ، إلا أن الأول يجرى في

التصرف - وفي الخصي أيضاً إلا في خصوص حدوث العيب في الربوي كما هو واضح .

واعتبر في المغرم من القيمة كونه من غير الجنس حذرا من الربا ، وقد سبقه في ذكر الاحتمالين ، الفاضل في القواعد «ولو كان المبيع حليا من أحد النقدين بمساويه جنساً وقدراً ، فوجد المشتري عيباً قديماً ، وتجدد عنده آخر لم يكن له الأرش ولا الرد مجاناً ، ولا مع الأرش ، ولا يجب الصبر على العيب مجاناً ، فالطريق الفسخ وإلزام المشتري بقيمته من غير الجنس ، معيبا بالقديم سليما عن الجديد ، ويحتمل الفسخ مع رضا البايع ، ويرد المشتري العين وأرشها ولا ربا ، فإن الحلي في مقابلة الثمن ، والأرش للعيب المضمون كالمأخوذ للسوم » .

لكن فيه أن الفسخ لا يتقيد برضا البايع ، وإنما المشترط به رد العين مع الارش ، لا مكان عدم وجوب قبول ذلك عليه ، كما نص عليه بعضهم . نعم قد يقوى الوجوب بعد الفسخ لعود المال إليه ، والعيب يجبر بالأرش الذي قد سمعت عدم الربا بعد الفسخ ، وأنه كأرش عيب المقبوض بالسوم إذا كان ربويا ، ضرورة أن الربا في المعاوضات لا الغرامات .

وقد ينقدح من ذلك وجه آخر حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية ، ونفى عنه البأس ، بل عن جامع الشرايع حكايته عن بعض أصحابنا ، وهو رجوع المشتري بأرش العيب ولا ربا ؛ لأن المماثلة في ماله إنما تعتبر في ابتداء العقد ، وقد حصلت ، والأرش حق ثبت بعد ذلك ، ودعوى أن الأرش لفوات مقابلة من المبيع واضحة المنع ، ضرورة اقتضائها انفساخ العقد بالنسبة إلى ذلك ، وأنه يستحق خصوص الثمن ، وأن نماؤه له ، إلى غير ذلك مما لا يمكن التزامه ، بل لا بأس حينئذ بأخذ الأرش من الجنس ، ولا يشترط كونه من غير الجنس فتأمل جيدا والله أعلم .

﴿و﴾ وكيف كان ف ﴿إذا أراد بيع المعيب ؛ فالأولى﴾ والأفضل ﴿إعلام المشتري بالعيب أو التبري من العيوب مفصّلة﴾ من غير فرق بين الخفي منه والظاهر ،

لأصالة براءة الذمة من وجوب الإخبار بعد انجبار الضرر بالخيار ، لكن قيده جماعة من المتأخرين بالظاهر الذي يمكن للمشتري الإطلاع عليه من دون إعلام البايع .

أما الخفي فيجب الإخبار به ، وإلا كان غشا وتدليسا ، بل ينبغي بطلان البيع في نحو شوب اللبن بالماء ، لأن المبيع المقصود غير معلوم القدر للمشتري ، وعليه نزل ما عن الخلاف «من باع شيئاً وبه عيب لم يبينه فقد فعل محظوراً و كان للمشتري الخيار» و المبسوط وفقه القرآن للراوندي «وجب أن يبين للمشتري عيبه ، أو يتبرى إليه من العيوب ، والأحوط الأول» والتحرير «وجب الإشعار أو التبري من العيوب» لكن ظاهر الأخيرة أو صريحها سقوط وجوب الإعلام حتى بالخفي إذا تبرىء من العيوب، كما هو صريح الدروس قال : «يجب على البايع الإعلام بالعيب الخفي على المشترى إن علمه البايع ، لتحريم الغش ، و لو تبرىء من العيب سقط الوجوب» قال الشيخ : «والاعلام أحوط» بل عن إيضاح النافع أنه المشهور ، وكان وجهه الأصل بعد عدم صدق الغش معه .

وعلى كل حال فلا خلاف في عدم وجوب الإخبار بالظاهر بعد تنزيل العبارات المزبورة على ما سمعت ، ولعله لذا قال في الرياض : « ويجوز بيع المعيب وإن لم يذكر عيبه مع عدم الغش بلا خلاف في الظاهر» بل قد يظهر من إطلاق المتن والقواعد وغيرهما عدم وجوبه حتى في الخفي ، ولعله للأصل و عدم كونه غشا بعد ان لم يكن من فعله ، ولا أخبر بسلامته .

نعم هو كذلك في مزج اللبن ، ولعل كلامهم في غيره. ثم على الوجوب فالظاهر صحة البيع ، لأن النهي عن أمر خارج ، بل لا يبعد ذلك حتى في اللبن الممزوج ، كما احتمله في المسالك قال: «ولا جهالة بعد علم مقدار الجملة ، فهو كما لو باع ماله ومال غيره وله الخيار حينئذ» وفيه أنه مناف لما فرضه أولا من كون عنوان المبيع اللبن منه لا ـ

المشاهد ، ولذا أبطله كالجهالة ، ولايجدى العلم بالجملة بعدأن كانت مبيعا و غير مبيع ؛ فالوجه الصحة فى الفرض إلا أن الظاهر كونه خيار عيب لاتبعّض لصدق اسم اللبن على الممزوج ، وإلاكان خارجاً عن موضوع المسألة التى هي بيع ذى العيب الخفي المنافي صدق اسم العنوان عليه ، ويتجه فيه البطلان مع فرض جعل العنوان اللبن منه للجهاله ، ولوجعل المشاهد صح للعلم بالجملة حينئذ و لو كان بعنوان أنــه لبن .

﴿ولواجمل﴾ فى البراءة بأن قال : برئت من عيبه أومن جميع العيوب أو من العيوب ، ﴿جاز﴾ وكان كالتفصيل فى الحكم ، لعموم المقتضي الذى قدعرفته فيما مضى من الاجماع وغيره ، فليسقط به حينئذ الخيار فى الرد والأرش ،ويسقط بــه أيضاً وجوب الاخبار بالخفى ، بناء على سقوطه بالبراءة المفصلة ، خلافا لماعن بعض الأصحاب فأوجب التفصيل فلايبرء حينئذ بالاجمال و لايسقط به الخيار ، بل قضيته مااستدل له به فى المسالك « من أنه بيع مجهول البطلان ، إلا أنه كماترى ، إذلا جهل مع المشاهدة ، واعتبار مايجب اعتباره فى صحة البيع ، والعيب الحاصل فيه غيرمانع من صحة البيع ولايشترط معرفة الباطن ، لأنه يعتبر ويكفى فيه أصل السلامة ، حتى يقال: يذهب الوثوق به بالتبرى ، فيكون كبيع المجهول ، على أنه قدعرفت فى اشتراط سقوط خيار الرؤية مايؤكد ذلك ، فلاحظ وتأمل كل ذا مع ضعف الخلاف المزبور ، وإن حكى عن ابن ادريس إلا أنه غلط قطعا .

نعم حكاه فى المختلف عن أبى علي وحكى فيه عن القاضى مايقتضى ذلك ويمكن دعوى مسبوقيتهما بالاجماع و ملحوقيتهما به، فمافى الدروس «من أن فى التبرى مجملا قولين أشهرهما الاكتفاء سواء علم البايع بالعيب أم لا » ممايوهم أنه قول مشهور فى غير محله والله أعلــم .

﴿وإذا ابتاع شيئين صفقة﴾ من مالك واحد بثمن واحد ﴿ثم علم بعيب فــى

أحدهما ، لم يجز ردّ المعيب منفردا و﴿ لكن ﴿ له ردهما ﴾ معاً ﴿ أو أخذ الأرش ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل في الغنية الاجماع عليه ، كما عن الخلاف أن دليله إجماع الفرقة وأخبارهم ، لا لأن رده خاصة موجب للتبعيض الذي يتضرر به البايع ، إذ يمكن جبره بتسلط البايع على الخيار حينئذ ، بل لظهور الادلة في تعلق حق الخيار بالمجموع لا في كل جزء منه ، لا أقل من الشك ؛ ضرورة عدم الوثوق بإطلاق فيها على وجه يشمل الفرض والأصل اللزوم ، ومنه يعلم حينئذ عدم الفرق في الحكم المزبور بين ما ينقصه التفريق كمصراعي باب أولا ، ولا بين حصول القبض وعدمه .

نعم لو تصرف فيهما أو في أحدهما مثلا ، سقط الردّ وتعين الأرش ؛ لأنهما بمنزلة مبيع واحد ، بالنسبة إلى ذلك ، ولا يقاس الخيار على الشفعة التي قيل انهم صرحوا في بابها فيما لو باع حصة من الدار والبستان صفقة بأن لشريكه فيهما أخذ أحدهما بالشفعة وإن تبعضت الصفقة ، والظاهر اتحاد الحكم في باقي الخيارات ، فليس له في خيار المجلس ردبعض المبيع و الالتزام بالباقي ، لما عرفت ، وإثباته لكل من الورثة في حقه على القول به لمدرك آخر كما أشبعنا الكلام فيه فيما تقدم .

و على كل حال فقد ظهر عدم التفريق في الصفقة الواحدة ، ومنه ما لو اشترى حاملا وشرط الحمل أو قلنا بدخوله فوضعت ، ثم ظهر على العيب ، فليس له إفرادها بالرد ، لا لتحريم التفرقة ، بل لاتحاد الصفقة ، من غير فرق بين الأمة والدابة ، ولو كان الحمل عنده لا بتصرفه فالحمل له وإن فسخ ففي الدروس « رد الام مالم تنقص بالحمل أو الولادة » وأطلق القاضي «أن الحمل يمنع من الرد ، إما بفعله أو باهماله المراعاة حتى ضربها الفحل وكلاهما تصرف » قلت : لاريب في قصور حملها على وجه لا يعد تصرفا ، إلا أنه يمكن القول بمنعه مطلقا من الرد إذا كان في غير زمن الخيار ، لأنه عيب حدث عنده ، لما ستعرفه من عدهم الحمل عيبا ، وعدم نقصها به لا يرفع كونه عيبا فتأمل والله أعلم .

﴿وكذا﴾ في عدم جواز الاختلاف ﴿لو اشترى إثنان شيئاً﴾ متحدا أو متعددا على جهة الشركة فيهما بثمن كذلك نعم ﴿كان لهما﴾ معاً ﴿ردّه أو إمساكه مع الأرش وليس لأحدهما ردّ نصيبه دون صاحبه﴾ على المشهور بين الأصحاب، نقلا و تحصيلا من غير فرق بين علم البايع بتعدد المشتري وجهله، ولا بين إتحاد العين و تعددها، ولا بين اقتسامها قبل التفرق وعدمه، لا للتضرر بتبعّض الصفقة والشركة مع المشتري الآخر، اذ قد عرفت إمكان دفعه بجبره بالخيار، مع أنه لا يتم في صورة علم البايع بالتعدد، بل لما سمعت من أصالة عدم الخيار على هذا الوجه، بعد انصراف ادلته إلى غيره.

ودعوى تنزيل تعدد المشتري منزلة تعدد العقد واضحة المنع بالنسبة إلى ذلك خلافا للمحكي عن شركة المبسوط والخلاف وأبي علي والقاضي و الحلي وصاحب البشرى وفخر الاسلام، فجوزوا اختلافهما في ذلك، واستوجهه في المسالك، ونفى عنه البعد في التذكرة، لاطلاق الادلة وكونه بمنزلة عقدين وإقدام البايع على الشقص، وللتحرير والكركي فيجوز مع علم البايع بالتعدد لا مع جهله، واستحسنه صاحب المسالك، وضعفهما معاً واضح بعد ما عرفت من انصراف الاطلاق إلى غيره، ومنع التنزيل وتأثير الاقدام، بل الأخير منهما أوضح ضعفاً، ضرورة عدم مدخلية العلم و الجهل في تعدد العقد واتحاده نعم لهما مدخلية في ثبوت الخيار للبايع بالتبعيض و عدمه كما هو واضح.

و لو كان المبيع عينين لكل واحد من المشتريين واحدة منهما معينة و لو بما يخصها من الثمن لو كان كليا، فالظاهر جواز التفريق، للتعدد حقيقة، مع احتمال العدم، بل في المسالك «إمكان تمشي الخلاف فيه نظرا إلى اتحاد العقد إلا أن الاول أقوى»، ولو ظهر العيب في الأول في الثمن فإن كان في جميعه فلا إشكال في التخيير، وإن كان في بعضه فالظاهر عدم جواز ردّه حتى على القول بجواز

التفريق في المشتريين ؛ لوضوح الفرق بينهما ، بأن المشتري الذي يرد إنما يرد تمام حصته ، فيكون كأنه رد تمام المبيع نظراً إلى تعدده بالنسبة إليه ، وهذا لا يأتي في الثمن لأن البايع إذا رده ، إنما يرده عليهما معاً إذا الفرض كونه مشتركاً بينهما فإذا رد المعيب فقد رد على مستحقه بعض حقه، وبقي البعض الآخر عنده ، فهو في التحقيق من قبيل المسألة الأولى التي قد عرفت عدم الخلاف في عدم جواز التفريق فيها .

فما عن بعض الاصحاب - من جواز التفريق فيه فيرد المعيب منه ويبطل ما قابله من المبيع حينئذ نظراً إلى كون العقد بمنزلة المتعدد باعتبار تعدد المشتري فيه - واضح الضعف ، وإن جعله في المسالك وجها، نعم لو دفع كل من المشتريين جزءاً من الثمن متميزاً ، واشتريا بالمجموع شيئاً مشتركا ، فظهر بأحدهما عيب ، وكان المعيب مساويا لحصة صاحبه ، أمكن جواز رده خاصة لمالكه ، لتحقق التعدد حينئذ ،كما أن الظاهر إن لم يكن مقطوعاً به جواز التفريق لو اشتريا عينين كل منهما بثمن مستقل لا على وجه الشركة ، وإن كانت الصفقة واحدة في الصورة إلا على احتمال تسمعه من المحقق الثاني هذا كله في تعدد المشتري .

أما لو تعدد المستحق مع اتحاد المشتري ابتداء كما لو تعدد وارث خيار العيب، ففي القواعد «أنه لا إشكال في وجوب التوافق» ولعله لاتحاد العقد ، لكن قال فيما تقدم في الخيارات : «وهل للورثة التفريق ؟ نظر أقربه المنع» واحتمله في المسالك هنا، وقد عرفت التحقيق في ذلك فيما تقدم ، فلاحظ وتامل .

ولو تعدد البايع واتحد المشتري جاز التفريق ، سواء اتحد العقد أو تعدد ، بل في الدروس وعن ظاهر التذكرة و تعليق الارشاد الاجماع عليه ، حيث قالوا جاز له الرد قطعا ، ولعله لأن تعدد البايع يوجب تعدد العقد، ولعدم التبعيض على المردود عليه ، لكن في جامع المقاصد «قد يقال : إذا اتحد العقد ؛ جاء الإشكال السابق في المشتريين صفقة ، لصورة الصفقة هنا أيضاً ،قيل : وفيه أن الفرق بين تعدد المشتريين

وتعدد البايعين واضح، لأنه يلزم في الأول تبعّض الصفقة على البايع ولاكذلك الثاني.
نعم يجيء الإشكال في بعض الصور ، منها ما اذا اشترى اثنان من اثنين دفعة في صفقة واحدة ، لأن كل واحد من المشتريين قد اشترى ربع العبد مثلا من كل واحد من البايعين فلو رد الربع على أحدهما تبعّضت الصفقة عليه».

قلت : بعد الاغضاء عما ذكره يمكن القول بكون الوجه في عدم جواز الرد في تعدد المشتري عدم تناول الأدلة له، فتبقى أصالة اللزوم بلا معارض ، ونحوه ياتي هنا أي تعدد البايع مؤيداً بدعوى ظهور الادلة في كون الخيار في نفس العقد ، فمع اتحاده لايتصور التفريق فيه إلا أن الأقوى ما ذكرناه أوّلا فتأمل جيدا والله أعلم

﴿وإذا وطئ الأمة ثم علم بعيبها﴾ الذي هو ليس بحبل ﴿لم يكن له ردها﴾ عندنا وتعين له الأرش بلا خلاف إلا من الجعفي كما في الدروس ، ولا اشكال نصاً (١) وفتوى بل الاجماع بقسميه عليه ﴿فإن كان العيب حبلا جاز له ردها و يرد معها نصف عشر قيمتها لمكان الوطيء﴾ إجماعاً محكيا في الاستبصار و الغنية إن لم يكن محصلا، وهو الحجة بعد المعتبرة المستفيضة أو المتواترة في ردها وأنه لايمنع منه الوطيء و في صحيح ابن سنان (٢) ومعتبر عبدالملك بن عمرو (٣) وخبري سعيد بن يسار (٤) وفضيل مولى محمد بن راشد (٥) «يرد معها نصف العشر» وفي خبر عبدالرحمان (٦) «يرد معها شيئا» وفي صحيح محمد (٧) «يكسوها» وتأولهما الشيخ بمطابقة نصف العشر ، ولكن روى عبدالملك بن عمرو (٨) عن الصادق عليه السلام «في الرجل يشتري الجارية وهي حبلى

---

(١) الوسائل الباب ۴ من ابواب احكام العيوب .

(۴،۳،۲) الوسائل الباب ۵ من ابواب احكام العيوب الحديث ۱-۳-۹

(۸،۷،۶،۵) الوسائل الباب - ۵- من ابواب احكام العيوب الحديث-۸-۵-۶-۷

فيطأها قال : يردها و يرد معها عشر ثمنها إذا كانت حبلى » و حمله في التهذيبين على الغلط من الناسخ أو الراوي باسقاط لفظ نصف ليطابق مارواه هذا الراوي بعينه ، وغيره .

وقد يؤيده مافي الدروس« من أنه ذكر الصدوق(١)هذا الخبر برجاله، وفيه نصف العشر » كما أنه يمكن حمله على كون عشر الثمن نصف عشر قيمتها ، أو على البكر بحمل الحمل من السحق أو وطىء الدبر بناء على أن له منفذا ، مؤيداً بما في الكافي بعد أن ذكر خبر عبد الملك المتضمن للنصف قال: في رواية اخرى (٢) « إن كانت بكرا فعشر قيمتها، وإن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها» وبالمعلوم من وضع الشارع العشر لوطىء البكر في غير المقام .

وعلى كل حال فقد عرفت من ذلك مستند ما عن الحلبي من إطلاق رد العشر، وما عن ابن ادريس والفاضل والكركي والقطيفي والميسي والشهيد الثاني وبعض متاخري المتأخرين من رد ذلك إذا كانت بكرا ونصفه إن كانت ثيبا، إلا أن الأول - مع اتحاده واحتماله ما عرفت، وذكره عشر الثمن ، لا القيمة ، وظهوره في كون الوطىء مع العلم بالحبل الذي ستعرف خروجه عما نحن فيه ، ومخالفته للمعلوم من وضع الشارع نصف العشر لوطىء الأجنبي ، فضلا عن المقام الذي كان الوطىء فيه من المالك - قاصر عن معارضة النصوص السابقة المعتضدة بعمل الأصحاب من وجوه ، فلا ريب حينئذ في ضعف القول .

أما التفصيل فانه وإن أمكن حمل الخبر المذكور عليه . و يشهد له المرسل المزبور (٣) المؤيد بمعلومية وضع هذا التقدير للوطىء في غير المقام ، إلا أن إطلاق النصوص (٤) الكثيرة والفتاوى على خلافه ، أللهم إلا أن يدعى إنصرافه للحامل

---

(١) الفقيه ج٣ ص١٣٩ الحديث ٥٠ الطبع الحديث النجف :

(٢-٣) الوسائل الباب ٥- من ابواب احكام العيوب الحديث ٤

(٤) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العيوب .

التي ذهبت بكارتها كما هو الغالب ؛ وفيه بعد إمكان منع عدم تناول الحامل له وإن ندر سببه بالسحق ونحوه، أن المتجه حينئذ خروج البكر الحامل عن موضوع المسألة كما احتمله في القواعد في الحامل بالمساحقة فتبقى حينئذ على القواعد ، لأن الجرءة على إخراجها عنها بالمرسل المزبور الذي لاجابر له ،مع أنه بأضعف وجوه الإرسال كما ترى خصوصا مع إمكان دعوى عدم جواز الرد فيها بفوات جزء من العين وهي البكارة فهي كما لو تصرف فيها بغير الوطىء معه . فإنه لا إشكال في خروجها عن موضوع المقام حينئذ وبقائها على مقتضى القواعد، كالتي وطأها المشتري في دبرها ، بناء على انصراف الوطي في النصوص والفتاوى إلى الغالب من الوطيء بالفرج ، فلا ترد حينئذ ، و على تقديره فالظاهر رد نصف العشر لو كانت بكرا وفاقا لجماعة ؛ لظهور توظيف العشر لزوال البكارة، والفرض بقاؤها، مضافاً إلى إطلاق النص بنصف العشر مع احتماله، لصدق وطيء البكر ، إلا أنه ضعيف كضعف احتمال ردها بلاشيء ، لترتب العشر ونصفه على الوطي المنصرف إلى القبل ، وطريق الاحتياط في جميع ذلك غير خفي .

و كيف كان فلا إشكال في الرد بالحبل مع الوطيء بنصف العشر في الجملة ،خلافاً للمحكي عن أبي علي فمنعه مطلقا ، ووافقه الفاضل في المختلف والسيد في الرياض ، وحملوا إطلاق النصوص والفتاوى على الحامل من المولى ، فيكون بيعها باطلا ،ورد العقر حينئذ عوض وطي ملك الغير ،فلا مخالفة فيها لقاعدتي «عدم رد المعيب بالتصرف، وعدم العقر للوطي في الملك » على أن الموظف منه للبكر العشر، و قد أطلق في النص والفتوى نصف العشر ، المعتضد أولهما بالمعتبرة المستفيضة الدالة على عدم جواز رد الجارية إذا وطئت بالعيب السابق وإنما له الأرش وفي صحيحي محمد بن مسلم (١) «معاذ الله أن يجعل له أجرا »قال في أولهما «سئل احدهما عليه السلام عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها فيجد فيها عيبا بعد ذلك ،قال : لا يردها على صاحبها ، و لكن تقوم ما بين العيب والصحة ويرد على المبتاع معاذ الله أن يجعل لها أجرا » وفي الآخر (٢) عن

(١ و ٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب احكام العيوب الحديث ٣ و٨ لكن الثاني عن محمد بن ميسر .

الصادق عليه السلام « قال : كان علي عليه السلام لايرد الجارية بعيب إذ اوطئت ، ولكن يرجع بقيمة العيب ، وكان علي عليه السلام يقول : معاذالله أن أجعل لها أجراً » .

وفيه أنه يشبه أن يكون اجتهادا في مقابلة النصوص والفتاوى بلاشاهد ، بل اقتصارهما على خصوص الوطيء شاهد بخلافها ، ضرورة عدم الفرق في رد الحامل من المولى بين التصرف فيه بوطيء وغيره ، لفسادالبيع ، ودعوى تخصيصه لكونه الغالب في مشترى الأمة واضحة المنع كما أن تعبير اكثر الأصحاب بجواز الرد شاهد على الخلاف أيضاً ، إذ على الفرض المزبور يجب الرد .

نعم عن نهاية الطوسي يلزمه الرد ونحوها عن المراسم و الوسيلة ، إلا أنها في جنب غيرها من إطلاق الأصحاب وتصريحهم كالعدم؛ والنصوص وإن اشتمل بعضها على الامر بالرد إلا أنه في مقام توهم الحظر ، لمعلومية عدم رد المعيب إذا تصرف فيه و خصوصاً الجارية إذا وطئت ، والأجر في الصحيحين للرد على بعض العامة القائلين برد الجارية غير الحبلى مع الأجر إن وطئت ، لأن المراد به مايشمل العقر المزبور ، كما أن المراد بالعيب فيهما غير الحبل؛ بل كاد يكون صريح صحيحي ابن سنان(١) وزرارة(٢) منها، مع أنه لااستنكار في تقييد المطلقات وتخصيص العمومات بمثل هذه النصوص المستفيضة المعمول بها عند الأصحاب قديماً وحديثاً .

ومنه يعلم أنه لاحاجة إلى مافي الدروس وغيرها من تكلف كون الفسخ هنا والردّ كاشفاً عن الفساد من الاصل حينئذ ، فيكون الوطيء بغير الملك ، فيتجه إعطاء العقر ، مع أن الكشف خلاف الاصل أولا وخلاف المعهود في باقي الخيارات ثانيا، فالتزام رد العقر وإن كان الوطيء في الملك لهذه النصوص أولى قطعاً ، وقد ورد مثله في التصرية كما ستسمع ، وإطلاق نصف العشر في النص والفتوى مشترك الالزام ، ضرورة عدم تماميته على تقدير كون الحمل من المولى، كما أن الجواب عنه ـ بانصراف الحامل إلى فاقدة البكارة على ماهو الغالب ـ مشترك بينهما .

(١-٢) الوسائل الباب -٥- من ابواب احكام العيوب الحديث -١-٥-

بل ربما یجاب عنه علی المشهور ، باستثناء هذه البکارة من وطیء البکر لمکان الحمل الذي بسببه کانت بکارتها بمنزلة العدم ؛ وإن کانت من سحق ونحوه فأرشها حینئذ علی البایع علی أن ذلك إنما یتم علی من أطلق ، أما من فصّل بین البکر وغیرها فلایرد علیه ذلك ، فلاریب حینئذ فی ضعف الحمل المذکور ، مع أن المحکي عن ابن الجنید الذي هو الأصل فی الخلاف ، أنه قید الحمل بکونه من المولی ؛ وهو أعم من بطلان البیع ، إذ یمکن حمله علی حمل منه بحیث لایقتضي ذلك ، کما لو حملت من رائحة منیّه مثلا قال فی الدروس: «وقید ابن الجنید بکون الحمل من المولی ، و یلوح من النهایة، وحینئذ یتوجه لزوم الرد، لحکم ببطلان البیع، ویتوجه وجوب العقر؛ ولو حمل علی حمل لایلزم منه بطلان البیع لم یلزم الرد وأشکل وجوب العقر لأنها ملکه حال الوطیء ، إلا أن یقول : الرد یفسخ العقد من أصله ، أو یکون المهر جبراً لجانب البایع کما فی لبن الشاة المصراة أو غیرها عند الشیخ ، والأخبار مطلقة فی الحمل و هو الأصح» قلت : بل مافیها من شبه التفصیل بین عیب الحبل وغیره ، کالصریح فی إرادة الحمل من غیر المولی والله أعلم .

هذا ﴿و﴾ قد ظهر لك مما ذکرنا أنه ﴿لاترد﴾ الأمة ﴿مع الوطیء﴾ قبلا أو دبرا ﴿بغیر عیب الحبل﴾ وأنها ترد به إذا وطئت، لکن قد یظهر من المتن وغیره اشتراط ذلك بعدم العلم بالحبل حال الوطیء ، فلو وطأها عالما لم یکن له الرد ، وبه صرّح فی الدروس والمحکي عن غیرها فقال : «ولو وطیء بعد العلم بالحبل تعین الأرش ، ویظهر من التهذیب جواز الرد ، ویلزمه العشر عقوبة وجعله محملا لروایة العشر ، واکثر الاخبار مقیدة بعدم العلم » قلت هو کذلك إلا أنه فی أسئولتها ؛ بل فی صحیح ابن سنان (۱) عن الصادق عليه السلام «قال علی عليه السلام لاترد التی لیست بحبلی إذا وطأها صاحبها ، و یوضع عنها

۱- الوسائل الباب ۴- من ابواب احکام العیوب الحدیث ۱-

من ثمنها» إلى آخره، وفي خبر زرارة (١) عن الباقر عليه السلام «كان علي بن الحسين عليهما السلام لا يرد التي ليست بحبلى إذا وطأها» ومفهومها مطلق ، بل خبر عبد الملك (٢) كالظاهر في الوطي مع العلم وعدم القول بما تضمنه من رد العشر لا ينافي العمل به بالنسبة إلى ذلك ، إلا أن الحكم لما كان مخالفا للعمومات و الإطلاقات ، وجب الاقتصار فيه على المتيقن .

وهل يلحق بالوطيء مقدماته من اللمس ونحوه ، ففي الدروس «نظر من التنبيه ومن النص على إسقاطها خيار الحيوان ولأن الوطيء مجبور بالمهر بخلاف المقدمات» وفي المسالك بعد ان ذكر الوجهين أيضاً من الاقتصار فيما خالف الأصل على مورد النص ، ومن الأولوية واستلزامه لها غالبا قال : « وتوقف في الدروس وله وجه إن كان وقوع تلك الأشياء على وجه الجمع بينها وبين الوطيء، ولو اختص التصرف بها فالالحاق به من باب مفهوم الموافقة وإن كان استثناؤها مطلقا متوجها للملازمة » .

قلت : قد تمنع الأولوية إذا اختص التصرف بها لا على ارادة الوطيء ، بل وعلى إرادته ولم يقع ، ولا تلازم بين العقوبتين، أما إذا وقع فقد يقوى عدم منعها من الرد، لفحوى الرد بالوطيء الذي يقارنه غالبا هذه المقدمات مع ترك الإستفصال .

ثم إن ظاهر نصوص المقام وفتاواه كون الحمل عيباً في الأمة ، بل الظاهر ذلك وإن قلنا بتبعيته للمبيع ، إذ الزيادة حينئذ للمشتري من هذا الوجه لا تنافي النقيصة من آخر. وإلا لم يجز رد المبيع المعيب إذا كان فيه صفة اخرى لم يشترطها المشتري على البايع ، وهو مخالف لاطلاق النصوص ، لكن قد سمعت فيما سبق ما في الدروس ، وعن الخلاف والغنية والتحرير أنه لو حملت الأمة عند المشتري ردها بالعيب السابق دون الولد ، بل مدعيا في الأولين الاجماع عليه ، ونحوه عن المبسوط والتذكرة إلا أنهما قيداه بما إذا لم تنقص بذلك، وإلا تعين له الأرش .

---

(١) الوسائل الباب -٤- من ابواب احكام العيوب الحديث ـ٥

(٢) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العيوب الحديث ٣

وفي القواعد «لوكان المبيع غير الأمة فحمل عند المشتري من غير تصرف ، فالأقرب أن للمشترى الرد بالعيب السابق ، لأن الحمل زيادة » ومقتضى تعليله كون الحكم كذلك في الأمة أيضاً ، بل لواشتراها حاملا غير عالم بذلك، وقلنا بتبعية الحمل للمبيع كان المتجه أيضاً عدم الرد به وإطلاق النصوص حجةعليه ، بل لايبعدكونه عيبا في الدابة فضلاعن الأمة ، فلايردمعه بالعيب السابق ، لحدوث العيب إذافرض حملها في غيرزمن الخيار ، كماعن فخرالمحققين وأول الشهيدين في الحواشي ، والكركي لانتقاص الانتفاع بها، وكونها معرضا للتلف بمايخشى منه على الحامل ، بل قديقال باندراجه في الضابط الآتي لكن الإنصاف عدم خلوالمسألة بعد عن الإشكال، فلاينبغي ترك الاحتياط فيها .

بقي شيء وهوأن الحامل التي وطأها المشتري ولمايعلم إذاوجدها معيبة بغير الحمل أيضاً فقدينساق إلى الذهن أنهاأولى بالردّ من المعيبة بالحمل خاصة، بل إطلاق النص شامل لها ، لكن قديقال: إن المتجه لقاعدة الاقتصار عدم الرد بعد انسياق غير المعيبة الابالحبل من نصوص الرد بالوطىء . ولعله لذاقال المصنف: فإن كان العيب الحبل مضافا إلى اطلاق غير واحد من النصوص ، عدم الرد مع الوطىء إذاكانت معيبة ، والمتيقن في الخروج منه ماإذالم تكن معيبة إلابالحبل فتامل جيدا .

ولو اشتبه الحمل ـ فلم يعلم كونه عندالبايع أوالمشتري ، فاخرج بالقرعة بناء على ذلك وألحق بمن كان وطأه من زوج أوغيره عند البايع ـ ففي جواز الرد نظر، من اقتضاء اللحوق السبق ، ومن أنه حكم شرعي لايقتضي تنقيح عنوان فوجدهاحاملا، وقاعدة الاقتصار تقتضي الثاني .

﴿ القول في أقسام العيوب و الضابط ﴾ فيها على ما طفحت به عباراتهم مع اختلاف يسير ، بل عن مجمع البرهان الإجماع وفي الرياض الظاهر الإتفاق

عليه ﴿أن كل ماكان من أصل الخلقة، فزاد أو نقص فهو عيب ، فالزيادة كالاصبع الزائدة والنقصان كفوات عضو﴾ والأصل في ذلك ، واقعة ابن أبي ليلى مع محمد بن مسلم ، ففي الكافي (١) عن الحسين بن محمد عن السياري قال : «روي عن ابن أبي ليلى أنه قدم اليه رجل خصماله ، فقال ؟ إن هذا باعني هذه الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفتها شعرا «أي العانة» وزعمت أنه لم يكن لها قط ، فقال ابن أبي ليلى إن الناس ليحتالون إلى هذا بالحيل حتى يذهبوا به ، فما الذي كرهت ، فقال : أيها القاضي إن كان هذا عيبا فاقض لي به ، فقال : اصبر حتى أخرج إليك ، فإني أجد أذى في بطني ، ثم دخل وخرج من باب آخر حتى اتى محمد بن مسلم الثقفي ، فقال له : أي شيء تروون عن أبي جعفر عليه السلام في المرأة لا يكون على ركبها شعرا ، يكون ذلك عيبا؟ فقال له محمد بن مسلم : أما هذا نصاً فلا أعرفه ، و لكن حدثني أبو جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال : كلما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب ، قال له ابن ابي ليلى: حسبك ، ثم رجع الى القوم، فقضى لهم بالعيب» ولا يقدح ضعف سنده بعد الانجبار بعمل الأصحاب الذين عبّر كثير منهم بلفظه ، وآخر بما يرجع اليه من أنه الخروج عن المجرى الطبيعي لزيادة أو نقصان ، ومراد الجميع كما قيل عدم الزيادة والنقيصة ذاتاً أو صفة عن أكثر نوع ذلك المعيب .

نعم قيده الفاضل في بعض كتبه ، بالموجب لنقصان المالية كالمحكي عن يحيى بن سعيد ، وأطلق غيره بل صريح ثاني الشهيدين وغيره ، بأنه لا يجب أن يكون موجبا للنقص ، للاتفاق على أن الخصي عيب مع إيجابه زيادة، وكذا عدم الشعر على الركب، ومن هنا اعترضه في جامع المقاصد بأنه كان عليه أن يقيد بقوله غالباً ، ليندرج فيه الخصا والجب ، فإنهما يزيدان في المالية ، مع أنهما عيبان ، فيثبت بهما الرد قطعاً ، وفي الأرش إشكال .

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب احكام العيوب الحديث -١

ولعل الذى دعاه الى التقييد بالنقص ، القطع بعدم العيب فيما لو زاد بحيث لا يعد عيباً عرفاً ، كزياده بعض الاسنان وبعض الثالول ونحو ذلك ، بل ربما يزيد زيادة تزيد في حسنه كالشعر في الأهداب والحواجب ، وكذا لو نقص نقيصة لا تعدّ عيبا عرفاً كبعض الأجزاء ، إلا أنه كان الأولى ايكال ذلك إلى العرف ، لا الاحتراز عنه بنقص المال ، لما عرفت من أن بعض العيوب عرفاً كالخصا ونحوه لا تنقص قيمة المال ، بل لعله يغنى عما في جامع المقاصد «من أنه ينبغي أن يكون المراد بالمجرى الطبيعي ماجرت به العوائد الغالبة ، ليندرج فيه الأمور التي ليست مخلوقة أصلا ، ليكون على نهج مقتضى الطبيعة أم لا ، ككون الضيعة ثقيلة الخراج ومنزلة الجنود» .

قلت : إذا جعل المدار على العرف استغنى عن ذلك كلّه ، ضرورة أنّ عيب كل شيء بحسبه ، ﴿و﴾ لا حاجة إلى تخلف دخول ﴿ نقصان الصّفات كخروج المزاج عن مجراه الطبيعي ؛ مستمرا كان كالممراض ، أو عارضا ولو كحمى يوم﴾ في الخلقة ، مع أنه يمكن دعوى غير ذلك منها ، ولا تكلف غير ذلك ، على أنه لا ظهور في الخبر في حصر العيب بذلك ، والمراد بحمى اليوم المحكي عن التذكرة الاجماع عليه يوم البيع أو قبل القبض مثلا فضلا عن حمى الودّ والغب.

وقد ظهر من ذلك كله أنه لا إشكال بل ولا خلاف في أن الجذام والبرص و الجنون والعمى والعرج والقرن والفتق والرتق و القرع والصمم والخرس و أنواع المرض و الاصبع الزائد والحول والخوص والسّبل وهو زيادة الأجفان والتخنيث وهو كونه خنثى والجب والخصا ونحوها عيوب ، والمشهور أن بول الكثير أى الذي لا يبول مثله فى العادة عيب ، خلافا للشيخ ، واعتياد الزنا والسرقة ، بل ترك بعضهم الاعتياد ، و عن المبسوط إذا وجده سارقا كان له الخيار اجماعاً ، وفي جامع المقاصد «ظنى أن الاعتياد غير شرط ، لأن الاقدام على القبيح مرة يوجب الجرءة ، ويصير للشيطان عليه سبيل؛ ولترتب وجوب الحدّ الذي لا يؤمن معه الهلاك » وعلى هذا يكون شرب الخمر والنبيذ عيبا كما في التحرير والدروس ، بل في الجامع ايضاً «ولو حصلت التوبة الخالصة المعلوم

صدقها ، ففي الزوال نظر» وإن كان هو كما ترى

لكن على كل حال فلا ريب في أن اعتياد السرقة والزنا ونحوهما من المفاسد عيوب ، أمّا المرّة الواحدة فيشكل ثبوت العيب بها ، وقد يحمل عليه ما عن الخلاف من أن العبد والأمة اذا وجدهما زانيين لم يكن له الخيار، والفسق ليس عيبا قطعاً لكن مقتضى ما سمعت قد يقال : إنه إذا كان بارتكاب الكبائر يكون عيبا ، لأنه يقتل صاحبها في الثالثة أو الرابعة كما أنه قد يقال بعدم العيب من حيث استحقاق الحدّ بكل ما يوجبه، بناء على حرمة إقامته في هذا الزمان أو قلنا بجواره وقطعنا بعدم وقوعه ، ومنه يعلم الأشكال في عدّهم استحقاق الحدّ عيبا بلا خلاف كما تسمعه

وأطلق جماعة كون البخر والصنان عيبا ، وقيّده في القواعد بما لا يقبل العلاج ، ولعل التقييد بالزائد على المعتاد منه أولى ، إلا أنه و مع ذلك لا يخلو من إشكال في بعض افراد العبيد ، وعن الخلاف والمبسوط أنه لا يثبت بالبخر الخيار، وعن المختلف أنه عيب في الجارية دون العبد ، لكن يثبت به الخيار فيه ، لأنه خارج عن الأمر الطبيعي كالعيب ، وفيه ما لا يخفى ، ولعل ما ذكرناه من الإحالة إلى العرف يغني عن تحقيق ذلك ، كما أنه يغني عما ذكره في القواعد ، وعن التذكرة من كون الضيعة منزل الجنود وثقيلة الخراج عيبا ، وليس عدم الختان في الصغير والأمة والمجلوب من بلاد الشرك مع علم المشتري بجلبه عيبا قطعاً ، أمّا الكبير فقد صرّح الفاضل و الشهيد بكونه عيبا ، خلافا لما عن المبسوط والخلاف ، ولا خلاف أجده في أن استحقاق القتل أو القطع أو غيره من انواع الحدّ والتعزير المخوف ، والاستسعاء في الدين عيب ، بل عن التذكرة الاجماع عليه في الجملة وفي الدروس «الأقرب كونه لزنية أو اعسر أي يعمل بيساره عيب ، ويقوى ذلك في الكفر» واستشكل في القواعد في الثاني ، وجزم بالعدم في الاول والثالث ، بل ربما قيل إنه المشهور في الاخير ولعل من عدّه عيبا نظر إلى الخروج عن الطبيعي به للولادة على الفطرة.

أما التزويج والاحرام والصيام والحجامة والحياكة والاعتداد ومعرفة الغناء و النوح والقمار ونحوها ، وعدم معرفة الصنايع والطبخ والخبز ونحوها فليس عيبا ، و لوظهر تحريم إلا أنه على المشتري بنسب أو رضاع أو مصاهرة ففي الدروس « في كونه عيبا نظر ؛ من نقص انتفاعه ، وعدم صدق الحدّ عليه مع بقاء القيمة السوقية ولوكانت الأمة مستحاضة قيل إنه عيب أيضاً ، وقيل منه أيضاً الحمق البيّن ، ونجاسة مايحتاج تطهيره إلى مئونة أوكان منقصا للعين وكثرة السهو والنسيان »

وبذلك كله وغيره يظهر لك الاحتياج إلى مراعاة العرف ، وصعوبة الاكتفاء بالخبر المزبور(١) أللهم إلا أن يقال لابأس بالتعويل عليه وخروج بعض الأمور التي لاتنطبق عليه بالاجماع ونحوه ، واحتمال أن له موضوعاً شرعياً ، أو مراداً كذلك و أنه لاعبرة بالعرف كما ترى ، هذا . وقد يقال : بعد ملاحظة اتفاقهم ظاهرا على جعل مضمون الخبر المزبور ضابطا للعيب وعدمه ، و ملاحظة عدم اندراج جملة مماذكروا فيه الخيار للعيب فيه ، وملاحظة جملة ماسمعته من كلماتهم المشوشة التي في بعضها ثبوت الخيار مع نفي المعيبّية ، أن الضابط المزبور للعيب الذي يثبت به الخيار ، وإن لم ينقص به قيمة المال ،كالجب والخصاوعدم الشعر على الركب ، وغير ذلك مما هو نقصٌ في الخلقة أو بزيادة فيها ، بمعنى الخروج عن مستوى الخلقة بنقصان أو زيادة، فإنه عيب يثبت به الردّ وإن زادت قيمة المال .

وأمّا الزيادة التي يزداد بها حسنا كشعر الاهداب ونحوها ، فهي من الكمال في مستوى الخلقة لا الخروج عنها ، فلايرد على الضابط المزبور، أمّا غير ذلك من العيوب التي لاتندرج في الضابط المزبور نحو كون القرية ثقيلة الخراج ومنزل الجنود ، و كون العبد قاتلا أو سارقا أو نحو ذلك مما يوجب الحدّ والقصاص ، فمدار الخيار فيه على نقص المالية الموجب للتضرر، ولعل اطلاق اسم العيب عليه باعتبار اللغة ، لأنّه

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب احكام العيوب الحديث ١

ها لمطلق الوصمة ، أولأنه عيب في المعاملة باعتبار اشتمالها على الضرر، أوغير ذلك، بل قد يناقش في ثبوت الارش لجملة منها كما يفصح عنه حكمهم بثبوت الخيار في العبد الجاني ، وفي الدار المستاجرة لو بيعت من دون ذكر أرش، وبذلك يتم الامر، ويظهر لك ما في جملة من الكلمات ، والله الهادي هذا كله فيما يعدّ عيبا .

﴿و﴾ أمّا فوات مالم يكن كذلك فقد عرفت في بحث الشرائط أن ﴿ كل ما يشترطه المشتري على البايع مما يسوغ ، فأخلّ به﴾ أولم يحصل ﴿يثبت به الخيار وإن لم يكن فواته عيبا ؛ كاشتراط الجعودة في الشعر والتأشير ﴾ بالشين المعجمة ﴿في الأسنان ، والزجج في الحواجب﴾ والاسلام ؛ والبكارة ومعرفة الطبخ أوغيره، وكونها ذات لبن ،أوكون الفهد صيودا ، ولو شرط غير المقصود ، وظهر الخلاف ولم يكن غرض يعتدّ به ، فلا خيار على الاقوى ، وليس منه شرط الكفر أو الثيوبة أوكون الدابّة حائلا فبانت حاملا لتعلق الاغراض بذلك ، ولو شرطها حاملا صحّ ولو شرط الحلب كل يوم شيئا معلوماً ، أوطحن الدّابة قدرا معينا ، ففي القواعد لم يصح.

وكيف كان فالمراد من الخيار المزبور الردّ والالتزام بلا أرش إذا لم يكن فواته عيبا كما عرفت البحث فيه فيما تقدم ، كما أنك عرفت كون المقصود من اشتراط هذه الصّفات التي لاترجع إلى فعل المشترط تعريض العقد للجواز إذا لم تحصل فلاحظ و تأمل جيدا كي يظهر لك جملة مما له تعلق بالمقام . والله أعلم

﴿وهاهنا مسائل﴾

﴿الأولى : التصرية تدليس﴾ إذ المراد بها جمع اللبن في الضرع أياماً ليظن الجاهل بذلك أنها حلوب ، وفي المحكي عن نهاية الاثيرية المصراة : الناقة أو البقرة

أو الشاة يصرّى اللّبن فى ضرعها أى يجمع ويحبس ، ثم قال : أيضاً قدتكررت هذه اللفظة في الاحاديث منها قوله عليه السلام (١) «لاتصروا الإبل والغنم» فان كان من الصر فهو بفتح التاء وضم الصاد وإن كان من الصري فيكون بضم التاء وفتح الصاد وروي أيضاً (٢) من اشتري مصراة فهو بخير النظرين» والمصباح المنير «صريت الناقة، فهى صرية من باب تعب إذا اجتمع لبنها فى ضرعها، ويتعدى بالحركة والتضعيف مبالغة و تكثيرا فيقال: صريتها تصرية إذا تركت حلبها» والصحاح «صريت الشاة تصرية إذا لم تحلبها أياماً؛ والشاة مصراة فلم يذكر غير الشاة» والقاموس «ناقة صريا محفلة والصري: كربي المصراة والشاة المحفلة» انتهى وحفلت الشاة بالتثقيل، تركت حلبها حتى اجتمع اللبن فى ضرعها فهى محفلة، وكان الاصل حفلت لبن الشاة، لأنه هو المجموع فهو محفل هذا

ولكن لم أجد هذه اللفظة فى شيء مما وصل إلينا من النصوص، إلاما عن الصدوق فى معانى الأخبار(٣) «عن محمد بن هارون الزنجانى عن على بن عبدالعزيز عن ابى عبدالله عليه السلام رفعه إلى النبى صلى الله عليه وآله لاتصروا الابل والغنم، فإنه خداع، ومن اشترى مصراة فإنه بخير بأحد النظرين، إن شاء ردّها وردّ معها صاعاً» وقد قيل: الظاهر أن الصدوق نقل هذا الخبر من طريق الجمهور، لعدم وجوده فى كتب الأخبار، بل وكذا ما عن هداية الحر لاتصروا الابل والغنم من اشترى مصراة فهو باخر النظرين إن شاء ردها ورد معها صاعا تمر أوروي ايضاً(٤) «من اشترى محفلة فليرد معها صاعاً بل لم اعثر فى النصوص على

(١و٢) النهاية الاثيريه ج٣ص-٢٨٢ الطبعة الخيرية بمصر

(٣و٤) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الخيار الحديث -٢و٣ مع إختلاف يسير فى الاول

ما يفيد معناها وإن لم يكن بهذا اللفظ، سوى حسن الحلبي(١) عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها، قال: إن كان في تلك الأيام يشرب لبنها ردمعها ثلاثة أمداد؛ وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء» ولا دلالة فيه على أنها كانت مصراة؛ وبذلك يظهر أن إستناد بعض الأصحاب في بعض أحكام التصرية إلى إطلاق النصوص انما يراد به النصوص العاميه (٢) المروية في كتب فروع الاصحاب التي قد سمعت بعضها، وتسمع فيما يأتي الباقي

لكن يهون الخطب أنه لا إشكال في كونه تدليسا محرماً إجماعا محصلا و محكيا في المسالك ﴿و﴾ وغيرها كما أنه لا إشكال في كونه في الشاة ﴿يثبت به الخيار بين الرد والا مساك﴾ بل الاجماع محصله ومحكيه مستفيضاً جداً إن لم يكن متواتراً عليه، بل في محكي الخلاف. أن أخبار الفرقة عليه أيضاً، فذلك مضافاً إلى خبر الضرار(٣) الذي هو مستند أصل الخيار في التدليس، بعد اتفاق الأصحاب ظاهراً كاف فيه، ولا أرش فيه كما صرح به بعضهم، بل الاجماع إن لم يكن محصلا فهو محكي عليه، مضافاً إلى الأصل بعد ان لم يكن عيبا، واندفاع الضرر بالخيار.

نعم لو كان المدلس عيباً اتجه الأرش فيه من حيث العيب، كما أن المتجه حينئذ تعدد جهة الخيار كما هو واضح، ﴿و﴾ أما أنه إذا رد الشاة ﴿يرد معها لبنها﴾ الموجود حال العقد فهو على مقتضى الضوابط لكونه بعض المبيع، ولذا نفى الخلاف عنه في المحكي عن كشف الرموز، بل فخر الاسلام الاجماع عليه، لكن عن المبسوط «أنه إذا كان لبن التصرية باقيا لم يشرب منه شيئا، فإن أراد رده مع الشاة لم يجبر البايع عليه، وإن قلنا أنه يجبر عليه لأنه عين ماله كان قويا» بل في المختلف «عن ابن البراج الجزم بأنه لا يجبر على أخذه، وأن له أخذ الصاع من التمر أو البر، فإن تعذر فقيمته

---

(١) (٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الخيار الحديث ١-٣

(٣) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣-٥

وإن بلغت قيمة الشاة ، بل عن المهذب البارع أن فيه أقوالا ثلاثة ، الأول رده ، والثاني رده ورد صاع معه من حنطة أو تمر ، ونسبه إلى أبي علي ، الثالث أنه يرد صاعاً من بر ونسبه إلى القاضي في المهذب وإن كان فيه أن المحكي عن أبي علي في المختلف (١) أنه قال : حكم النبي ﷺ في المصراة إذا اكرهها المشتري فردها بأن يرد معها عوضاً عما حلب منها صاعاً من حنطة أو تمر ، وقد سمعت ما حكاه فيه عن ابن البراج ، وتنزيل هذه على صورة التعذر لا يخلو من بعد ، ولعل مستندها إطلاق النصوص العامية ، وفيه مع أنه لا تعرض فيها للبن الموجود حال العقد ، بل يمكن بناء إطلاقها على الغالب من تلفه ، وأن الصاع عوضاً كما سمعته من مرسل أبي علي (٢) ـ لا جابر لها بالنسبة إلى ذلك فالقول حينئذ برد الصاع عوضاً عنه وإن كان موجوداً أورده معه ، كما ترى ، بل المتجه رد اللبن نفسه من دون شيء لأصالة البراءة ، وليس للبايع حينئذ عدم قبوله ﴿و﴾ المطالبة بالصاع كما هو واضح .

أما لو تلف فقد قال المصنف : إنه ﴿ يرد معها مثل لبنها ، أو قيمته مع التعذر ﴾ وهو المشهور بين المتأخرين ، بل عن ظاهر مجمع البرهان الإجماع عليه ، لأن اللبن من المثلي فمع تلفه وجوب رده يضمن بمثله ، كما في غيره ، ومع تعذر المثل ينتقل إلى القيمة ، لأنها أقرب حينئذ إلى العين ؛ وبالجملة فحكمه حكم المثليات ، فلا ينبغي إطالة الكلام في ذكر أحكامها هنا ، خلافاً للإسكافي والشيخ والقاضي وأبي المكارم وابن سعيد على ما حكي عن بعضهم ، فيرد صاعاً من تمر أو بر ، بل عن الخلاف أن عليه إجماع الفرقة وأخبارهم ، كما في الغنية الاجماع عليه أيضاً .

﴿وقيل﴾ كما عن الشيخ بل في التحرير أنه نسبه إلى جماعة ولم نجد واحداً منهم ، ولعله من العامة ﴿يرد ثلاثة أمداد من طعام﴾ إلا أنه لم نجد له شاهداً سوى حسن الحلبي (٣) المتقدم الذي قد عرفت عدم الدلالة فيه على التصرية ، مع أنه معارض بأدلة

---

(١) (٢) المختلف الجزء الثاني ص١٩٢ .

(٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الخيار الحديث -١

الطرفين كما أنه لم نجد لسابقه شاهداً بعد الاجماعين الموهونين ، بخلاف المتاخرين، بل قيل والشيخ في النهاية سوى الجمع بين خبري أبي هريرة (١) وعبدالله بن عمر (٢) اللذين مع في إطلاقهما من المخالفة كما عرفت لاجابر لهما في المقام سوى الاجماع المزبور الذي قد عرفت حاله ، ويمكن حملهما على التراضي بكون ذلك قيمة له. هذا كله في اللبن الموجود حال العقد .

أما المتجدد فقد يظهر من المتن مساواة حكمه للموجود، بل قيل إنه ظاهر المقنعة و النهاية والسرائر والتحرير والمفاتيح أو صريحهما وصريح اللمعة وإيضاح النافع ، بل عن الفخر نسبته إلى إطلاق الأصحاب كما عن الأردبيلي أنه ظاهر عبارات المتون، وقد استشكل فيه جماعة ، لكن لم أجد ما يقتضي مخالفة قاعدة كون النماء للمالك التي قد عرفت عدم الكلام فيها في ساير مباحث الخيار وغيره ، سوى دعوى إطلاق الأخبار العامية التي ليس في شيء منها تعرض للبن الموجود والمتجدد ودعوى أن الفسخ رافع للعقد من أصله المخالفة للقواعد أيضاً ولما عليه الأصحاب في غير المقام أيضاً .

فقد ظهر لك من ذلك أن المشهور أقوى فحينئذ ، إذا امتزج مع الموجود حال العقد ، اشتركا بالسوية إذا لم يعلم زيادة أحدهما على الآخر ، وإلا اصطلحا ولو تعيب اللبن المبيع عنده ،وجب ردّه مع الأرش كما في القواعد والدروس وجامع المقاصد والروضة والمسالك ، لكونه مضموناً عليه ، إذ هو جزء المبيع ،وربما احتمل رده مجاناً والانتقال إلى البدل وهما معاً ضعيفان .

نعم قد يتجه أولهما إذا كان لامن قبل المشتري ، باعتبار أن العيب في مدة الخيار مضمون على البايع إذا فرض بقاء خيار الحيوان في الشاة المصراة ، وأنه لا يسقط بالاختبار ، ومثله يجري في التلف الذي قد ذكرنا ضمانه بالمثل ومع التعذر بالقيمة. فينبغي تقييده بما إذا كان من قبل المشتري ، وإلا فلا ضمان عليه كغيره مما تلف في

(١و٢) سنن بيهقي ج ٥ ص ٣١٨ و ٣١٩

زمن الخيار ، و لو اتخذ اللبن جبناً أو سمنا ففي الدروس « الظاهر أنه كالتالف » و فيه أن عين المال موجودة ، فالمتجه حينئذ ردها إليه ، و إن استحق المشتري عليه الأجرة .

لكن فيها أيضاً إنه على تقدير الرد لدمازاد بالعمل ، و وافقه ثاني الشهيدين مصرحاً بصيرورتدمعه شريكا بنسبة الزيادة ، ولعل ماذكرناه أولى ، ضرورة احتياج ماذكره إلى الدليل وليس ،بل لعل الدليل على خلافه قائم ، ولو تحفلت الشاة بنفسها لنسيان المالك حلبها أوغيره ففي القواعد وغيرها أنه لاخيار له ؛ ولعله لانتفاء التدليس ، و الأصل اللزوم، وقد يقوى ثبوته ، لأن ضرر المشتري لا يختلف، فكان بمنزلة ما لو وجد بالمبيع عيبا لم يعلمه البايع، والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿تختبر﴾ المصراة للعلم بتصريتها التي لم يقرّبها البايع و لاقامت بها البيّنة ﴿بثلاثة أيام﴾ كمافي القواعد والتذكرة واللّمعة والارشاد ، فإنها غالبا بها ينكشف حالها وأنها مصراة أولا ؟ بل اغلب أحوال عيوب الحيوان تنكشف فيها ، فضلاعن التصريه ، ولذا وضع الشارع ارفاقا بالمشتري ثلاثة أيام للخيارفيه ؛ ولعلّ إطلاق المصنف ومن عبّر كعبارته ظاهر في عدم تحديد الاختبارفيها بحدّ مخصوص؛ فربّما كانت معرفتها مصراة ، متوقفة على النقصان عن الحلبة الاولى في تمام الثلاثة ، و ربماكانت بأقلّ من ذلك ، كما أن معرفة عدم تصريتها تارة يحصل بمساواة حلبها في الثلاثة للأولى أوزيادته ، وأخرى بأقلّ من ذلك ، فالمراد أن الثلاثة حينئذ غالباً بها ينكشف الحال ، ويرتفع الاجمال ، وإلافقد تعرف التصرية أوعدمها قبل الثلاثة .

وإليه أومي الشهيد في المحكي عن غاية المراد قال : «إن التحديد بالثلاثة في النصّ لمصلحته ، لتجويز أن تحلب في اليومين حلبا متساويا ثم تنقص عنه في الثالث ، فانه يثبت له الخيار » وقال في المسالك : « إن اتفقت الحلبات فـي الثلاثة ، أوكان ماعدا الاولى أزيد لم تكن مصراة ، وإلا بأن كانت ماعدا الاولى أقلّ فهي مصراة ، وكذا لو

كان بعضها ناقصا والآخر زائدا » وقال فـي الدروس : « وتثبت باعتراف البايع ونقص حلبها في الثلاثة عن الحلب الأول ، فلو تساوت الحلبات في الثلاثة أو زادت اللاحقة فلا خيار، ولو زادت بعد النقص في الثلاثة لم يزل الخيار» فانه مع تعليق الظرف الاخير فيه بزادت يكون ظاهرا في ثبوتها قبل انقضاء الثلاثة ، بل هو ظاهر ما تسمعه من عبارة المصنف والقواعد وغيرهما ، إذ حملهما على خصوص الإقرار أو البيّنة خلاف الظاهر.

بل لعلّه على ذلك يحمل ما في التذكرة قال : « وتختبر التصريه بثلاثة أيام ، ويمتد الخيار بامتدادها ، كما فـي الحيوانات للخبر، لأن الشارع وضع هذه الثلاثة لمعرفة التصرية ، فانه لا يعرف ذلك قبل مضيها لجواز استناد كثرة اللبن إلى الأمكنة فإنها تتغير، أو إلى اختلاف العلف ، فاذا مضت ثلاثة أيام ظهر ذلك ، فيثبت الخيار حينئذ على الفور، ولا يثبت الخيار بالتصرية قبل انقضائها ، لعدم العلم بالتصرية .

لكن في جامع المقاصد استظهر من نحو عبارة الكتاب اعتبار استمرار النقصان إلى الثالث بل جعله صريح التذكرة ، ثم قال : «وهل يعتبر نقصان اليوم وحده ؟ أي عند العلامة في التذكرة تعليله بامكان زيادة اللبن حيث زاد لاختلاف الامكنة والمرعى، يقضي بعدم اعتباره ، لأن ظاهر هذه أنه لابدّ من التكرار، ليوثق بكون النقصان لا لامر عارض ، وقوله بعدم الثبوت قبلها لأنها هـي المدة المضروبة ، وقد يقتضي الثبوت بالنقصان في اليوم الثالث».

قلت : قد عرفت أن التحقيق عدم انضباط ذلك ، إلّا أن الغالب انكشاف حالها في ضمن الثلاثة ، ومنه يعلم ما في جامع المقاصد من الميل إلى النقصان في الثلاثة مطلقا مثبت للتصرية، مدّعيا أن المفهوم من النص وإطلاق كلامهم أن نقصان اللبن في جزء من الثلاثة موجب للخيار، إذ هو واضح المنع ، بل لا يبعد عدم انحصار معرفتها بالثلاثة ، إذ ربما عرض لها فيها ما يمتنع معه معرفة التصرية ، ولعلّ إطلاق كلام الاصحاب مبني على الغالب ، قال في التذكرة «لو عرفت التصرية فـي آخر الثلاثة أو بعدها ، فالأقرب ثبوت

الخيار، لانه عيب سابق ، والتنصيص على الثلاثة لمكان الغالب، بل قيل: إن ظاهر المقنعة والنهاية والسرائر والغنية و المفاتيح عدم اعتبار الثلاثة ، لعدم ذكرهم لها فتأمل جيدا.

وكيف كان فقد قيل: إنه ــ بناء على عدم اشتراط استمرار النقصان ــ ينحصر معرفة التصرية بالاختبار، إذ لا أثر للبينة والاقرار ما لم يتحقق النقصان ،لأنه هو الموجب للتخيير، ضرورة سقوط الخيار لو ردّ اللّبن بعد التصرية هبة من الله تعالى على وجه صار لها عادة مثلا ، وإذا تحقق النقصان لم يكن لهما أثر، للاكتفاء به حينئذ عنهما في ثبوته.

أمّا على اشتراط الاستمرار، فيمكن القول بثبوتها بهما إذا اقترن بنقصانها ، وإن كان بدونهما لا بد من الاستمرار ، وفيه أنه يمكن القول بثبوتها بهما على الأول من غير حاجة إلى تحقق نقصان ، فيفسخ حينئذ بذلك ، بناء على أصالة عدم تغير حالها ، و ان كان ينكشف عدم اثر الفسخ لو انفق صيرورة ذلك عادة لها ، فانه حينئذ مانع من صحة الفسخ ، لأن النقصان شرط له ، وفرق واضح بين الامرين ، على أنه يمكن المناقشة في الاكتفاء بنقصانها ، بثبوتها بعد ان كان ذلك غير مثبت لها بنفسه، لاحتمال كونه من عارض العلف ونحوه ، فهو أعمّ منه ، وربما كان ما في التحرير مبنيا على ما ذكرنا قال : «لو علم بالتصرية قبل حلبها ، إمّا بالاقرار أو بالبيّنة ردّها من غير شيء» إذ لم يقيده باشتراط النقصان، ونحوه ما تسمعه من عبارة التذكرة . فتأمل جيدا، فانه بذلك يظهر لك ما في كلام بعض الأساطين ، منهم الشهيد الثاني في المسالك ، وإن كان يمكن تنزيله بتكلف على ما ذكرنا . والامر في ذلك كله سهل.

إنما الكلام في أمور بها ينكشف جملة من كلمات الاصحاب، الاول أن المصراة التي أريد معرفة تصريتها بالاختبار يبقى فيها خيار الحيوان لكونها أحد أفراده، أو أنه يسقط بالتصرف الذي هو اختبار التصرية، قد يظهر من عبارة التذكرة السابقة الأول ، بل هو أيضاً ظاهر التحرير، قال «فيه مدة الخيار في المصراة ثلاثة أيام كغيرها من الحيوان ، ويثبت على الفور ولا يسقط بالتصرف، ولا يثبت قبل إنقضاء الثلاثة على إشكال» بل وكذا ما عن المبسوط والخلاف من أن مدة الخيار فيها ثلاثة أيام مثلها في ساير الحيوان، مستدلا في الثاني

منهما على ذلك بإجماع الفرقة على ثبوت الخيار في الحيوان ثلاثة أيام شرط أو لم يشرط وهذا داخل في ذلك.

قال: وخبر أبي هريرة(١) وابن عمر(٢) صريح في ذلك مشير إليه إلى ما رووه من قوله عليه السلام(٣) من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إنشاء أمسكها وإنشاء ردها؛ وصاعاً من تمر وفي الآخر أو بر بل قد يظهر منهما من الكتابين الأخيرين أنه لا خيار من حيث التصرية، وإنما هو خيار الحيوان، ـ وخصوصية التصرية حينئذ عدم سقوط خيار الحيوان باختبارها، ولعله إليه أومى في الدروس بقوله «لا يتقيد الخيار بالثلاثة لمكان خيار الحيوان» صرح به الشيخ ومن هنا إحتاج بعض متاخر الأصحاب إلى ذكر الفرق هنا بين خيار الحيوان والتصرية، فقال إن خيارها بعد الثلاثة إذا كان ثبوتها بالاختبار بخلافه، فإنها فيها وان نثبت قبل ثلاثة بالإقرار مثلاً وقلنا بفوريته كان هو الفارق حينئذ بينهما، وإلا لم يتقيد بالثلاثة، على أنه لا مانع من تعدد الأسباب، وتظهر الثمرة حينئذ بالإسقاط ونحوه، وهو جيد، إذ احتمال عدم الخيار بالتصرية بعدما سمعت من الاجماعات السابقة وأنه تدليس وغير ذلك سمادل على الخيار من هذه الحيثية كما ترى بل ينا فيه إطلاق الاختبار ثلاثة، ضرورة أنه لا يجامعها حيث لا تثبت بدونه، والحكم بكونه يتخير في آخر جزء منها يوجب المجاز في الثلاثة، بل قد يقال: بسقوط خيار الحيوان إن لم ينعقد إجماع على خلافه، وبقاؤه من حيث التصرية، بناء على سقوطه بمثل هذا التصرف، إذ استثناؤه من بين التصرفات لا دليل معتد به عليه، خصوصا مع شرب اللبن الموجود حال العقد الذي هو بعض المبيع، خلافا لجامع المقاصد حيث قال: «والذي ينبغي علمه هنا هو إمتداد الخيار بامتداد الثلاثة، لانه خيار الحيوان كما صرح به الشيخ، وتصرف الاختبار مستثنى دون غيره فمتى علم بالتصرية فشرط بقاء الخيار عدم التصرف، فإذا انقضت الثلاثة فالخيار على الفور» وفيه ما لا يخفى بعد الإحاطة

(١)و(٢) و (٣) سنن بيهقي ج ٥ ص٣١٨و٣١٩

بما مضى و يأتي.

نعم لا يسقط خيار التصرية باختبارها بشرب اللبن، للإجماع وغيره، لا مطلق الخيار، ولذا لو كان فيها عيب واختبر تصريتها لم يكن له الرد بذلك العيب، وكان له الأرش خاصة، ومن هنا قال في الدروس «لو رضي بالتصرية فوجد بها عيبا قبل الحلب فله ردها، عند الشيخ مع الصاع، ولو حلبها غير مصراة ثم اطلع على العيب فله ردها عنده، إن كان اللبن باقيا والا فلا، لتلف بعض المبيع، أما اللبن الحادث فله، ولا يمنع حلبه من الرد، ومنع الفاضل من الرد في الصورة الاخيرة، لمكان التصرف ويحتمل المنع في الأول أيضاً لأن الحلب إنما يغتفر في الرد بالتصرية» وعلى كل حال فالمتجه حينئذ استقلال خيار التصرية عن خيار الحيوان

الثاني - الظاهر عدم مدة مخصوصة لهذا الخيار للأصل السالم عن المعارض، إلا الخبر العامي(١) السابق الذي لم يجمع شرائط الحجية بالنسبة إلى ذلك، لكن في التذكرة لو عرف التصرية قبل الثلاثة أيام بإقرار البايع أو بشهادة الشهود ثبت به الخيار إلى تمام الثلاثة لأنه كغيره من الحيوان، أما لو أسقط خيار الحيوان فإن خيار التصرية لا يسقط، وهل يمتد إلى الثلاثة أو يكون على الفور إشكال، وللشافعية وجهان، وفيه ما عرفت وإليه أومى في الدروس «فإنه قال بعد العبارة السابقة آنفاً: وروى العامة الثلاثة؛ لمكان التصرية، ويظهر الفائدة لو أسقط خيار الحيوان.

نعم يتجه في هذا الخيار البحث في أنه على الفور أو التراخي كغيره من الخيارات التي لم يظهر من الأدلة المخصوصة توسعته بالخصوص، وقد قدمنا سابقاً أن القول بالتراخي ما لم يؤد إلى الضرر على البايع، لا يخلو من قوة؛ وقد يظهر من عبارة التذكرة السابقة وغيرها التفصيل هنا بين ثبوته في ثلاثة الحيوان أو ثبوته بعدها، ففي الأول يمتد إلى انتهائه، وفي الثاني على الفور، واليه أومى في الدروس بقوله «هذا الخيار على الفور

---

(١) سنن البيهقي ج٥ ص٣١٨

إذا علم به، والظاهر امتداده بامتداد الثلاثة إن كانت ثابتة، وإلا فمن حين العلم وكأنه بناء على أن منشأ الفور الاقتصار على المتيقن في مخالفة ما يقتضي لزوم العقد، أما إذا كان جايزاً كما في الفرض فلا مقتضي للفور؛ وفيه أن التوسعة من جهة أخرى لا تقتضي التوسعة من غير تلك الجهة كما هو واضح، فالمتجه حينئذ فوريته بناء عليها وإن كان في الثلاثة، فان لم يفعل سقط، وإن بقي الخيار من الجهة الأخرى وستسمع ما في القواعد.

الثالث: قد ظهر لك مما ذكرنا أنه تثبت الخيار متى تثبت التصرية، ولا يتوقف على مضي الثلاثة، وما في التحرير من أنه لا تثبت قبل انقضاء الثلاثة علي إشكال، يمكن أن يكون مبنيا علي امكان ثبوت التصرية قبلها وعدمه، لأنه يشترط مضي الثلاث، وإن عرف التصرية؛ ولذا صرح فيه قبل ذلك بأنه لو علم بالتصرية قبل الحلب بالاقرار أو البينة ردها من غير شيء، و قال في القواعد «ولو كان المشتري عالماً بالتصرية فلا خيار، ولو علم بها قبل الثلاثة تخير على الفور.

لكن في الدروس «لو علم المشتري بالتصرية فلا خيار بها، ولو علم بها بعد العقد قبل الحلب تخير، قاله الفاضل مع توقفه في ثبوت الخيار قبل الثلاثة لو حلبها» قلت لعل وجهه ما عرفت، وقد تلخص من جميع ما ذكرناه ان خيار التصرية يستقل عن خيار الحيوان، ولا مدة له، بل هو على البحث في نظائره أنه على الفور أو التراخي، من غير فرق بين الثلاثة و ما بعده، وأن الإختبار المذكور لا دليل شرعا عليه حتى يترتب الحكم على إطلاقه، بل هو يبيّن على نحو غيره من الموضوعات العرفية، فلا يتقيد بالثلاثة، وخصوصاً مع ارادة النقصان في جزء منها المحتمل كونه للمكان أو للمرعى أو غيرهما، و بذلك مضافا إلى ما سمعته في مطاوي البحث، يظهر لك النظر في جملة من كلمات الأصحاب كالشيخ والفاضل والشهيدين والكركي و غيرهم فلاحظ وتامل.

وكيف كان فقد ظهر أن الخيار في التصرية مخالف لقاعدة السقوط بالتصرف

المتلف لبعض المبيع وغيرذلك ، فينبغي الاقتصار فيه على المتيقن ، ومن هنا قال المصنف ﴿ وتثبت التصرية في الشاة قطعا ﴾ و إجماعا بقسميه ونصوصا (۱) منجبرة بالعمل و إن كانت عامية ﴿ و﴾ أما ﴿ في الناقة والبقرة ﴾ ف ﴿ على تردد ﴾ لما عرفت من الاقتصار على المتيقن حيث لا نص من طرقنا يشملها ، إلا أن المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلا الحاقهما بها ، بل عن الشيخ في الخلاف الاجماع عليه ، بل قيل أن الاجماع يلوح أيضاً من السرائر و التذكرة ، بل قد سمعت ما يدل عليه في الابل من النصوص العامية (۲) المتجة بعدم القول بالفصل بينها وبين البقر ، مضافا إلى دعوى المساواة لها في العلة الموجبه للخيار ، وهي كون اللبن مقصوداً مع التدليس ، وإلى التعليل في الخبر بانه خداع (۳) وإلى خبر الضرار (۴) إلا أن الانصاف إن لم يتم الاجماع ، عدم خلو الالحاق بعد ، بحيث يثبت لهما ما سمعته من احكام التصرية من إشكال ، لعدم اقتضاء جملة مما ذكرنا ذلك نعم ينبغي الجزم به من حيث التدليس إذا كان اللبن هو المقصود ، أو بعضه بل ومع الاطلاق ، لأن لبنهما مما يقصد

﴿ ولو صرى أمة لم يثبت الخيار مع إطلاق العقد ﴾ لعدم النص مضافا إلى شهرة الاصحاب ، بل عن كشف الرموز وظاهر السرائر والتذكرة و غيرهما الإجماع على عدم ثبوت التصرية في غير الثلاثة .

نعم له الخيار مع الشرط كما في المسالك لكن قال «إن لم يتصرف ولو بالحلب وإلا فالأرش» وفيه انه لا أرش للشرط إذا لم يكن فقده عيبا ، كما أن الخيار لفقد الشرط لا يسقط بالتصرف ، كما هو ظاهر المتن هنا ، على ما اعترف به في المسالك ، كما أن

(۱و۲) سنن بيهقي ج٥ ص۳۱۸ و ۳۲۱

(۳) المستدرك ج۲ ص۴۷۲

(۴) الوسائل الباب ۱۷ من ابواب الخيار الحديث ۳ و ۵

القول بثبوت الخيار فيها للتدليس حيث يكون المقصود لبنها متجه وإن لم يثبت لها أحكام التصرية ، وإليه يرجع ماعن تعليق الإرشاد، من أنه ان أريد بثبوت الخيار فيها لو ثبت تصريتها فهو متجه ، وان أريد ثبوت الخيار مع التصرف وكون الثلاثة محلا لثبوته بنقصان اللبن فيها فهو خلاف الاصل ، ولم يثبت بنص ولا إجماع ، بل ربما في الدروس قال« ومن التدليس التصرية في الشاة والناقة والبقرة على الأصح ، ونقل فيه الشيخ الاجماع ، وطرد ابن الجنيد الحكم في الحيوان الادمي وغيره » وليس بذلك البعيد ، للتدليس إذ الظاهر إرادة ثبوت الخيار بذلك ، لاثبوت الاحكام التصرية ومن هنا قال بعد ذلك : «لو قلنا بقول ابن الجنيد في تصرية الآدمية ، والأتان وفقد اللبن لم يجب البر والتمر ولو أوجبناه في الشاة والبقرة لعدم النص ، وعدم الانتفاع به فيما ينتفع بلبن المنصوص » فمراده ثبوت حكم التدليس على الظاهر ، وإلا كان محلا للنظر؛ بل لايبعد الحاق حبس ماء القناة و الرحى وإرساله عند البيع والاجارة حتى تخيل المشترى كثرته بالتصرية من حيث الخيار، كما صرح به في الدروس ومحكي التذكرة ضرورة كونه تدليسا موجبا له كتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده، وإرسال الزنبور في وجهها فيظنها المشترى انها سمينة ﴿وكذا﴾ البحث فيما ﴿ اوصرى البايع أتانا﴾ بفتح الهمزة أي حمارة لاشتراكها مع الأمة في جميع ماذكرناه حتى في الاجماع المحكي على نفي التصرية فيها.

﴿ولو زالت تصرية الشاة﴾ الثابتة بالاقرار أو البينة او بالاختبار بناء على ماقدمناه من إمكان ثبوته ﴿ وصار ذلك عادة قبل انقضاء ثلاثة أيام﴾ هبة من الله تعالى بحيث علم صيرورة ذلك عادة لها﴿سقط الخيار﴾ لانتفاء الضرر الذى أوجبه ، وإطلاق الخيار بها في النصوص العاميّة منزل على الغالب ، فالقول به حينئذ ضعيف جداً إذ هو حينئذ من قبيل بعض العيوب السريعة الزوال.

﴿و﴾ أمّا ﴿لو زالت بعد ذلك﴾ أي الثلاثة ﴿لم يسقط﴾ الخيار لحصول موجبه فيستصحب ، والمراد ببقائه حينئذ بناء على فوريته استمرار صحة الفسخ ، وإن تحقق الزوال بعد ذلك ، بمعنى أن الزيادة المتجددة لا تكون كاشفة عن بطلانه ، ولا مبطلة له ، إذ المراد بالنسبة إلى خصوص جاهل الفورية ، والخيار بناء على عدم سقوطه معه هذا ، وقد أشكل على بعضهم إطلاق العبارة وما ماثلها زوال التصرية قبل ثلثة ، بناء على عدم معرفتها إلا بمضي الثلاثة ، فحمل العبارة على خصوص معرفتها بالاقرار والبيّنة ، فإنه يتصور حينئذ فيها ثبوت التصرية وزوالها ، وإن قلنا بتوقف الثبوت بهما ، أي الإقرار والبيّنة على نقصان ما إذ يكفي حينئذ نقصان الحلبة الأولى ، لكن بناء على الفورية فيه حتى في الثلاثة يجب إرادة عدم استمرار صحّته من السقوط في المتن ، بمعنى أنه ينكشف بذلك عدم الخيار ، أو أنه يبطل به ، أو أن المراد علم بهما بعد زوالها ، فانه يسقط حينئذ كما يسقط الخيار بالعيب القديم ، إذا علم به بعد زواله ، وكذا لو لم تعلم الأمة بالعتق حتى عتق زوجها.

لكن لا يخفى عليك ما في حمل العبارة على ذلك من الخفاء ؛ بل حملها على ما ذكرنا من أنه يمكن ثبوت التصرية و زوالها في الثلاثة بالاختبار أيضاً أولى ، إلّا أنه قد يشكل بأنه لا دليل حينئذ على سقوط الخيار الثابت سببه بمجرد الزوال في الثلاثة بخلاف ما بعد وإن قلّ ، ويمكن حمل العبارة على إرادة زوال التصرية بأن صار ذلك عادة لها أي صريت فلم تنقص أبداً ، ويكون المراد حينئذ بسقوط الخيار عدم ثبوته من أصله ، وكيف كان فالأمر في ذلك سهل بعد وضوح الحكم مما ذكرناه سابقاً على كل تقدير .

ولو ماتت الشاة المصراة أو الأمة المدلّسة ، ففي القواعد و عن غيرها فلا شيء له لامتناع الردّ بالموت والأرش بعدم العيب ، وقد يشكل بإمكان الفسخ ودفع القيمة خصوصاً بعدما ذكره هو من بقاء الخيار فالمبيع الذي كذب في الإخبار عن رأس ماله ،

إذ لا فرق بين المقامين على الظاهر ، وقد تقدم في الابحاث السابقة في الخيار ما يؤكد ذلك فلاحظ وتأمل فانه قد تقدم لنا في خيار الغبن ما يقتضي أن الاصل اعتبار وجود العين في الخيار ، إلا ما خرج ، ولعله لظهور التخيير بين الردّ والامساك في ذلك .

لكن قد يقال هنا أن الخيار إنّما هو في العقد وردّ العين ، إنما هو من توابعه ، وحكمها في كل مقام يراد منه الردّ ، الانتقال للمثل او القيمة ، وأولى من ذلك مالو تعيبت عنده قبل علمه بالتدليس ، لكنه قال في القواعد : « إنه لا شيىء له أيضاً » ، وعلّله في جامع المقاصد بالاقتصار على موضوع الوفاق ، وبأن هذا العيب من ضمان المشتري ، بل قال : « إن التقييد بقبلية علمه غير ظاهر ، لأن العيب إذا تجدّد بعد علمه يكون كذلك ، إلا أن يقال إنه غير مضمون عليه ، الآن لثبوت خياره » قلت : التعليلان الأوّلان معاً كما ترى ، إذ لا دليل على أن حدوث العيب مانع من الردّ في غير المعيب.

نعم ما ذكره من التعليل أخيراً جيد و إن كان هو غير موافق لما أسلفناه سابقا ، لكن منه ينقدح أن عدم سقوط خيار التصرية بالاختبار لتقدمه على حصول سببه ، فلا ينافي في حينئذ ما دلّ على سقوط الخيار بالتصرف ، ضرورة ظهوره فيما كان منه بعد ثبوت الخيار ، خصوصاً إذا قلنا بذلك لدلالته على الرضا ، بل قد ينقدح من ذلك أن أحكام التصرية على القاعدة ، وأنها فرد من خيار التدليس والله أعلم .

المسألة ﴿الثانية : الثيبوبة ليست عيبا﴾ في الإماء كما هو صريح جماعة ، و مقتضى نفي الخيار به وحصر العيوب في غيره من آخرين ، بل هو المشهور نقلا وتحصيلا ، بل عن كشف الرّموز لا خلاف - بين الأصحاب في أن الثيبوبة ليست عيبا يوجب الردّ ، وإنما اختلفت عباراتهم في اشتراط البكارة ، وفي التحرير لا نسلم خلافا في أن الثيبوبة ليست عيباً ؛ وعن إيضاح النافع أن عليه الفتوى ، لأن البكارة صفة كمال بالنسبة الى غير العاجز وليست عيبا ، ونسبه أيضاً إلى الاصحاب ، وفي المسالك اطلق الاصحاب، والاكثر من غيرهم أن الثيبوبة ليست عيبا ولعله لأصالة اللزوم بعد غلبة ذلك فيهن ، وصيرورته

بمنزلة الخلقة الأصلية ، وإن كانت عارضة إذ قل" مايوجد فيهن الأبكار، فلا اغترار بأصالة السلامة التي هي بمعنى الغلبة ، بل قد عرفت أن خبر محمد بن مسلم (١) المشتمل على تعريف العيب مداره الزيادة والنقيصة على أصل خلقة أغلب ذلك النوع ، لااقلّ من الشك، مع انه لاجابر له في خصوص المقام ، مضافا إلى خبر سماعة (٢) « سألته عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدها كذلك : قال: لاتردّ عليه، ولا يجب عليه شيء إنّه قد يكون تذهب في حال مرض اوامر يصيبها » المنجبر بما سمعت.

لكن قد يقال : بمنع عدم صدق العيب عرفا بعد انكانت البكارة مقتضى الطبيعة والخلقة الأصلية ، في جميع النوع ، وغلبة العروض في خصوص المجلوب منها لاينافي ذلك ، كما أن خبر سماعة ــ مع أنه ظاهر في الشرط الذى ستسمع شهرة الأصحاب إن لم يكن إجماعهم على ثبوت الخيار له ؛ ولذا حملوه على الجهل بكونها عند البايع ؛ لغلبة زوالها بالعوارض ، بل ربما كان التعليل فيه ألصق بهذا من غيره ، ومعارض لخبر يونس (٣) ومحتمل لكون عدم الردّ للتصرف فيكون المنفى فيه عدم شيء مخصوص من العشر ونحوه ، لاالأرش ــ لادلالة فيه على عدم العيب ، ضرورة إمكان كون عدم الردّ به للغلبة التي تصيره كالعيب الذى أقدم عليه المشترى أو تبرأ منه البايع ؛ و أنه بها يرتفع الاغترار بأصل السلامة ؛ ولا ينزل إطلاق العقد على السالم فيبقى حينئذ أصل اللزوم بحاله .

ويمكن تنزيل كلام الأصحاب على ذلك ، بارادة نفي العيب الموجب للردّ والارش، كما سمعته من معقد نفى خلاف كشف الرموز، ويؤيده ماتسمعه من أن المشهور ثبوت الأرش مع الشرط ، ولولا أنه عيب ، لم يتجه ذلك ، بناء على ماعرفت من عدم توزيع الثمن على الشرائط ، واحتمال أنه لخبر يونس الاتى (٣) لالأنه عيب كما ترى .

---

(١) الوسائل الباب ١ ــ من ابواب احكام العيوب الحديث ١ ــ

(٢ ــ ٣ ــ ٤) الوسائل الباب ــ ٦ من ابواب احكام العيوب الحديث ــ ٢ و ١

ومنه حينئذ ينقدح دلالة خبر يونس الاتي على المطلوب ، كما أنه ينقدح مما ذكرناكون المدار حينئذ في عدم ترتب حكم العيب عليه الغلبة المزبورة ، فمع فرض انتفائها كما في الصغيرة والإماء المستولدة في بلاد الاسلام ونحو ذلك ، يتجه حينئذ ترتب حكم العيب عليه بل المتجه بناء على ماذكرنا أيضاً لزوم البيع لو عرض الثيبوبة عند المشتري بغير تصرف منه ، لأنه من حدوث العيب المانع من الرد المعين، للأرش إلى غير ذلك .

بل قد يظهر لك مما عن مهذب القاضي كونه عيباً مطلقا،قال: «إذا لم يشترط الثيبوبة ولا البكارة فخرجت ثيباً أو بكراً لم يكن له خيار ، وكان له الأرش إذ الارش لا يكون إلا للعيب» ولعل عدم الخيار حينئذ لتصرفه بها، إذ الغالب معرفة ذلك بالوطي فيكون حينئذ عنده عيباً ، ومال إليه المقداد مطلقا، واحتمله الشهيدان ، بل مال إليه ثانيهما وبعض من تأخر عنه في الصغيرة ، والتحقيق ماعرفت من أن المدار على الغلبة المزبورة.

﴿ نعم لو شرط البكارة فكانت ثيباً كان له الرد﴾ مطلقا ﴿ ان ثبت أنها كانت ثيباً﴾ عند البايع كما هو مقتضى تخلف كل شرط ، مضافا إلى ماعرفت من أنه عيب عندنا، إلا أنه منع من ترتب مقتضاه حال عدم الشرط ، الغلبة المزبورة ، أما معه فيترتب عليه حكمه مع أنه لا أجد خلافا بين الأصحاب في الخيار مع الشرط ، إلا ما يحكى عن النهاية من اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيباً لم يكن له ردّها ، ولا الرجوع على البايع بشيىء من الارش، لأن ذلك قد يذهب من العلة والتروّه ونحوه عن الكامل ويمكن إرادتهما غير صورة الشرط على معنى شرائها بتخيل البكارة ، و أظهر من ذلك إرادتهما ما لوجهل بكونها عند البايع ، كما يؤمي إليه التعليل .

والخلاف إذا اشترى جارية على أنها بكر فكانت ثيبا، روى أصحابنا أنه ليس له الردّ وهو مع أنه غير مخالف ، يمكن ارادته غير صورة الشرط، وأنه تصرف فيها، والمبسوط إن شرط أن تكون بكرا فخرجت ثيبا روى أصحابنا أن ليس له الخيار وله الأرش، ونحوه

عن مهذب القاضي والاستبصار بل قيل: أنه اختاره ابن ادريس أولاً ثم عدل عنه، وقد يريدون حال التصرف.

والتذكرة قال: أصحابنا إنا اشتراها على أنها بكر فكانت ثيباً لم يكن له الردّ. لما رواه سماعة (١) وساق الخبر المتقدم، وقد يحتمل أيضاً ما عرفت.

وعلى كل حال فلا إشكال في ثبوت الخيار بل لا إشكال في أن له الأرش إذا اختار الإمساك كما نسبه في الدروس والمسالك إلى المشهور، بل لعل عدم ذكره في المتن ونحوه لا لعدم ثبوته، بل لانه في معرض ثبوت أصل الخيار.

ولا يشكل بأن الثمن لا يوزع على الشرائط، لما عرفت من أن الأرش من حيث كونه عيباً لا من حيث أنه شرط، مضافاً إلى خبر يونس (٢) «في رجل إشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال: يرد عليه فضل القيمة، إذا علم أنه صادق» بناء على حمله على صورة الشرط ﴿و﴾ علم سبق ذلك قبل البيع بالبينة، أو الاقرار أو قرب زمان الاختبار لزمن البيع، أو كونه بعده في زمن ضمان البايع، ضرورة أنه لا أرش لو علم تأخره عن زمان ضمان البايع، بل ﴿إن جهل ذلك لم يكن له الردّ لأن ذلك قد تذهب بالخطوة﴾ ونحوها، فيحتمل كونه في زمن ضمان المشتري، لالأصالة تاخر الحادث لما تقرر فيها من الإشكال حتى بالنسبة إلى معلوم التاريخ، بل لأصالة لزوم العقد و برائة ذمة البايع، بعد التسليم الظاهر في أنه تمام الحق، كما هو واضح.

ولو شرط كونها ثيبا فبانت بكرا كان له الخيار بين الردّ والإمساك مجانا على الأقوى، وفاقاً لجماعة عملا بقاعدة الشرط، ضرورة كون ذلك منه، إذ قد يتعلق له غرض به لعجزه عن اقتضاض البكر، أو غيره خلافا لما عن المبسوط والتحرير، فلا خيار، لكون الضد صفة كمال؛ وفيه ما عرفت نعم لا أرش من هذه الجهة والله أعلم.

المسألة ﴿الثالثة﴾ لا خلاف ولا إشكال في أن ﴿الإباق الحادث عند المشتري﴾

(١ و٢) الوسائل الباب -٦- من ابواب أحكام العيوب الحديث -٢-١-

الذي لم يكن مضمونا على البايع ﴿لا يردّ به العبد﴾ ولا يستحق به أرش كما في ساير العيوب الحادثة كذلك من غير فرق بين الصغير والكبير، والذكر والانثى؛ للاصل وقول أبي جعفر عليه السلام في مرسل ابن أبي حمزة (١) «ليس في الإباق عهدة» وقال في خبر محمد بن قيس: (٢) «إنه ليس في إباق العبد عهدة إلا أن يشترط المبتاع» ﴿أما لو أبق عند البايع كان للمشتري ردّه﴾ وإن لم يكن أبق عنده، بلا خلاف أجده كما اعترف به في التحرير قال: «الإباق عيب لا نعلم فيه خلافا في الأمة والعبد، والصغير والكبير»، بل عن المبسوط الإجماع على أن به الخيار، ومقتضاه أنه عيب، بل لعل العرف كذلك أيضاً ضرورة كونه بحكم التالف بل هو أبلغ من السرقة لغيره، لأنه سرقة لنفسه، بل لعل خبر محمد بن مسلم (٣) شامل له، بناء على إرادة ما يشمل نقص الصفات الغالبة في النوع منه؛ وفي خبر أبي همام (٤) «أن محمد بن علي قال للرضا عليه السلام: الإباق من أحداث السنة؟ فقال: ليس الإباق من هذا إلا أن يقيم البينة أنه كان أبق عنده».

وقد يظهر منه كالمتن وغيره، بل هو صريح التذكرة وجامع المقاصد الاكتفاء بالمرة الواحدة عند البايع؛ لأن الإقدام ولو مرة يوجب الجرئة عليه، ويصير للشيطان عليه سبيل، ولتحقق صدق العيب بها عرفا؛ خلافا لما عن بعض الاصحاب من اشتراط الإعتياد، وإن قال بعض مشايخنا إنا لم نتحققه، وربما لاح مما عن المبسوط واختاره ثاني الشهيدين وقال: أقل ما يتحقق بمرتين.

وعلى كل حال ففيه بحث وإن كان يشهد له أصالة اللزوم ولو للشك في كونه عيباً بها.

نعم ينبغي تقييد الرد به بالمرة الواحدة، بما إذا لم يظهر بعدها التوبة

(١و٢) الوسائل الباب -١٠- من ابواب احكام العيوب الحديث-١-٢

(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب احكام العيوب الحديث١

(٤) الوسائل الباب ٢- من ابواب احكام العيوب الحديث٢

الصّادقة وملكة الطاعة ، بل لا بد من هذا التقييد على تقدير اعتبار الاعتياد أيضاً ، ثم إن الظاهر من المتن أنه بذلك يكون عيباً يجري عليه حكمه من الرد والارش ، لا أن له الردّ خاصة على كل حال ، كما عساه يوهمه الاقتصار عليه ، كما أن ظاهر خبر محمد بن قيس(۱) صحة اشتراط عدم الاباق ولعله لا بأس به إذا كان شرطاً للخيار في مدة مخصوصة كاشتراطه برد الثمن و نحوه فتامل.

المسألة ﴿ الرابعة ﴾ المشهور بين الاصحاب نقلا وتحصيلا أنه ﴿ إذا اشترى أمة لا تحيض في ستة أشهر ، ومثلها تحيض ﴾ فيها ﴿كان ذلك عيباً لانه لا يكون إلا لعارض غير طبيعي ﴾ وهو المدار في ثبوته عرفا ،بل لا خلاف أجده فيه إلا من العجلي ؛ ولا ريب في ضعفه ، للصدق عرفا ولانه من نقص الصفات ، ولصحيح داود بن فرقد (۲) «سأل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر ، وليس بها حمل ، فقال: إن كان مثلها تحيض ، و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد به» بل في المسالك «إن في دلالته على اعتبار الستة أشهر نظراً لانه إنما علق الحكم على حيض مثلها ، وأراد به نفي الصغر والياس وإن كان ذلك مستفاداً من إثبات الادراك ، ونفي كونه عن كبر فان من المعلوم أن مثلها تحيض في تلك المدة وأقل منها ، و السؤال وقع عن تأخير الحيض ستة أشهر ، والجواب لم يتقيد به ؛ وحينئذ فلو قيل بثبوت الخيار متى تأخر حيضها عن عادة أمثالها في تلك البلاد كان حسناً »

قلت: وهو جيد بل هو مقتضى ما سمعت من التعليل و يمكن تنزيل عبارات الاصحاب على ما لا ينا فيه ، ومنه ينقدح أنه لا ينبغي أن يكون مجرد بلوغ تسع سنين والتاخر ستة أشهر موجبا لذلك ، لانه قد عرف بالتجارب التاخر عن عشر سنين ،

۱ـ الوسائل الباب ۱ من ابواب احكام العيوب الحديث ۲

۲ـ الوسائل الباب ۳ـ من ابواب احكام العيوب الحديث ۱-

بل عن أزيدمن ذلك ، فالمتجه حينئذ النظر إلى أمثالها سنّامع الاتفاق فى البلد والمزاج في الجملة ، فان وجد فيها دونها يكون عيباً.

ثم إنه لابدمن تنزيل الخبر وعبارات الاصحاب على إرادة علم سبق ذلك عند البايع ، وإلافمع احتمال عروض العارض عندالمشترى لاردّ ولا ارش ، كما أنه يجب تقييد الردّ بما إذالم يتصرف فى هذه المدة ، وإلاكان له الارش كغيره من العيوب ، إذ احتمال إستثناء ذلك منها بأن التصرف لايسقطه لاطلاق الرد فى الصحيح المزبور (١) مع استبعاد عدم التصرف فى هذه المدة مخالف لظاهر الفتاوى وللادلة السابقة على تعين الارش معه المرجحة بها عليه ، وإن كان التعارض من وجه ، كما هو واضح،

المسالة ﴿ الخامسة من اشترى زيتا أوبزرا ﴾ بفتح الباء و كسرها و لعله افصح زيت الكتان وأصله محذوف المضاف أى دهن البزر ﴿ فوجد فيه ثفلا ﴾ بالضم مااستقر تحت الشيء من كدرة ﴿ فان كان مما جرت العادة بمثله لم يكن له رد ولا أرش ﴾ لانه ليس عيباً أو لان جريان العادة يجعله كعلم المشتري به أو إسقاط البايع له ﴿ وكذا لوكان كثيراو ﴾ قد ﴿ علم ﴾ المشتري ﴿ به ﴾ قبل العقد ، لما عرفت من أن ذلك رضاء منه به فلا ردّ ولا أرش ، ولايشكل صحة البيع بالجهل بقدر المقصود بالذات الموجب للغرر وإن شوهد لعدم الاكتفاء بها ، لما عرفته مكررا بأن العلم بالجملة كاف فى رفع ذلك .

أما إذا لم يكن عالماً بكثرة الثفل فظاهر المصنف وغيره أن له حكم العيب بل لاأجد فيه خلافا لكونه عيباً عرفا ، ولكونه على غير أصل الخلقة ، وقال ميسر بن عبد العزيز(٢) لابى عبدالله عليه السلام : «الرجل يشترى زق زيت فيجد فيه درديا؟فقال : إن كان يعلم ان الدردي يكون فى الزيت فليس عليه ان يرده ، وإن لم يكن يعلم فله أن يرده»

(١) الوسائل -٣ من ابواب احكام العيوب الحديث -١

(٢) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام العيوب الحديث -١ باختلاف يسير

وعبّر بمضمونه في التحرير، بل قيل والنهاية والسرائر وجامع الشرايع ، ولعل المراد من الجميع ما في المتن و غيره بجعل جريان العادة بمنزلة العلم ، كما انه يحتمل العكس ؛ بحمل ما في المتن على ارادة العلم بجريان العادة، بل لعله أولى عند التامل، إلا أن يكون شيئاً يسيراً لا يعد مثله عيباً في العادة ؛ فانه لاخيار حينئذ وان لم يعلم

وكيف كان فلا دلالة في الخبر على أنه مع عدم العلم عيب يستحق به أرشا لو أراده أو مع التصرف ، أو الرد فيه أعم من ذلك و من كونه من تبعض الصفقة ، باعتبار خروج بعضه درديا غير سمن ، وقد يشهد له الصحيح (١) عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أن عليا عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه إلى علي عليه السلام فقال له علي عليه السلام لك بكيل الرب سمناً فقال له الرجل : إنما بعته منك حكرة ، فقال له عليه السلام : إنما اشترى منك سمناً ، ولم يشتر منك ربا ، » إلا أنه يجب حمله بعد أن كان المبيع شخصيا لا كليا على إرادة أن له من الثمن بقدر ما يقابل الرب من السمن ، ومنه يعلم حينئذ صحة البيع في نحو ذلك بعنوان أنه سمن وإن بان الخلاف، بل يثبت الخيار للتبعّض ، مضافا إلى عدم الجهالة بعد العلم بالجملة ، وكونها المبيع ولو بزعم العنوان خطأً.

والتحقيق التفصيل بين ما يعدّ بمزجه عيباً في الممزوج معه وعدمه في العرف ، وهو مختلف بالنظر إلى الكم و الكيف ، ولعله لذا قال في التحرير « الدردي في الزيت والبزر عيب موجب للردّ أو الارش مع عدم علم المشترى به » وقال ايضاً « لو اشترى سمناً فوجد فيه غيره، تخير بين الردّ واخذ ما وجده من السمن بنسبة الثمن ، ولا يلزم البايع ان يعطيه سمنا بازاء الناقص، و إن كان سمانا» ومن ذلك يعلم انه قد يجتمع للمشتري خياران من التبعّض والعيب إذا فرض انه يثبت بالخلط ايضا .

المسألة ﴿السادسة﴾ لا إشكال بل ولا خلاف في ان كلا من ﴿ تحمير الوجه

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام العيوب الحديث ٣

ووصل الشعر وماشابهه﴾ يثبت به الخيار إذاشرط فبان الخلاف ، بل في المسالك الاجماع عليه لماعرفته سابقا ممادّل على ذلك ، إلا أنه بين الردّ والإمساك مجاناً ضرورة عدم كونه عيباً ، فلم يبق إلاجهة الشرطية.

نعم لوكان المشترط ممايكون فقده عيباً إتجه ذلك كما هو واضح ، أما إذا لم يشترط واشتراها محمرّة ذات شعر فبان أنها ليست كذلك ، فالمشهور بين الأصحاب أنه ﴿تدليس ، فيثبت به الخيار﴾ بين الرد والإمساك مجاناً ، من ﴿دون الأرش ﴾ إذالم يكن قدبان عيب فيهاكغيره من انواع التدليس الذى لم اجد خلافا في ثبوت الخيار به ، بل قد سمعت الإجماع بقسميه على ثبوته بالتصرية التي هي فرد منه، مضافا إلى خبر الضرّار(١)

﴿وقيل﴾ كما عن الخلاف انه ﴿لايثبت به الخيار﴾ ذكر ذلك في الجعد والتحمير والتبييض ، ولعل وصل الشعر مثلها عنده ، بل قيل إنه ظاهر التحرير والارشاد والدروس، وإن كان قد يناقش فيه باحتمال نفيه من حيث العيب، ردّاعلى مايفهم مما عن المبسوط، بل لعلّه ظاهرها أوظاهر بعضها لامن حيث التدليس ، بل لعلّ مافي الخلاف كذلك ،لكن لم يحضرني فيرتفع الخلاف حينئذ من أصله .

﴿و﴾ على تقديره فلاريب في أن ﴿الأول أشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده ، إذلا مجال لاحتمال كونه غير تدليس، كما أنه لامجال لعدم ثبوت الخيار به على تقديره ، بل لايبعد ثبوت الخيار وإن لم يكن من فعل المولى : لحصول الضرر على المشتري بذلك دون البايع ، لعدم وجود الصفّة في مبيعه في الواقع ، والله اعلم.

بقي ﴿القول في لواحق هذا الفصل ، وفيه مسائل ، الأولى : إذا قال البايع بعتك بالبرائة﴾ من العيوب﴿ وأنكر المبتاع ، فالقول قوله مع يمينه ، إذالم يكن للبايع بيّنة﴾ بلاخلاف يعرف،كما اعترف به بعضهم لقوله ﷺ (٢) البيّنة على

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث٣-٥

(٢) الوسائل الباب ٢٥- من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث-٣

المدّعي واليمين على من انكر» إذ هو مدع حتى لو قلنا أنه الذى «يترك لو ترك» لأن المراد به بالنسبة إلى تلك الدّعوى نفسها وهو هنا كذلك ، فلا ينافيه الفسخ حينئذ من المشترى، على أنه لا يتوقف على عدم دعوى البايع البرائة ، بل هو يحصل بموجبه ،فإذا ثبت البراءة ينكشف فساد الفسخ ولو كان مورد النزاع في حال العقد الواقع ، أمكن التحالف كما تقدم في نظايره .

ولو كان كيفية الدعوى استحقاق المشترى الفسخ ، و البايع ينكره من غير ذكر سبب خاص أمكن القول حينئذ بكون البايع المنكر، ولعلّه عليه ينزل ما عن المبسوط «من أنه قد يكون البايع منكراً كان يدعى المشترى ابتياعه السلعة وبه عيب، فيقول البايع : بعته بريئا من هذا العيب فله أن يحلفه والله لا يستحق ردّه علىّ ، لأنه قد يبيعه وبه العيب ، ثم يسقط الردّ بالرضا بالعيب » ، بناء على إرادة البراءة من استحقاق الرد بقرينة آخر كلامه ، لا أن المراد نفي الإستحقاق باشتراط البرائة من العيوب والإ كان من المسألة المفروضة في المتن التى عرفت عدم الخلاف فيها ، وأنه لا إشكال للخبر المزبور الذى لا يصلح لمعارضته مكاتبة جعفر بن عيسى (١) لأبي الحسن عليه السلام المتقدمة في المسقطات من وجوه ، منها أن المفهوم من سياقه أن إنكار المشتري لسماع البراءة وقع مدالسة ، لعدم رغبته فيه وإلا فهو عالم بتبرى البايع ، ولذلك الزمه الامام عليه السلام بالثمن .

وكيف كان فعن الشهيد في حواشيه أن يمين المشترى هنا على نفي العلم ، ولعله لأنها على نفي فعل الغير مضافا إلى إيماء قوله في خبر جعفر(٢) لم اسمع إليه .

وفيه ان مرجعه إلى ما وقع عليه العقد إذ لا أثر للبرائة التى لم يسمعها المشتري ومن هنا قال في المحكي عن النهاية والسرائر يحلف انّه لم يبرأ إليه من العيوب وباعه مطلقا أو على الصحة، والأمر سهل ،وكدعوى التبري دعوى العلم بالعيب أو الرضاء به بعد العقد أو نحو ذلك، وعن التذكرة أن مثلها أيضاً دعوى التقصير في الردّ ، وفي المسالك

(١ـ٢) الوسائل الباب ـ٨ـ من ابواب احكام العيوب الحديث ١

«أنه يتم في الخيار الفورى لافى خيار العيب» ، قلت لعله فرعه على القول بأن خيار العيب فوري كما صرح به في الغنية على ما ستعرف إنشاالله والله اعلم .

المسألة ﴿الثانية إذا قال المشترى : هذا العيب كان عند البايع﴾ اوقبل القبض مثلا ﴿فلي ردّه ، وأنكر البايع ، فالقول قوله مع يمينه﴾ بلا خلاف أجد فيه لأن المشترى هناهو المدّعى باعتبار مخالفة دعواه أصالة اللزوم و« يترك لو ترك» فيكون البايع منكرا يقبل قوله مع يمينه ، لكن ﴿إذا لم يكن للمشترى بيّنة﴾ وإلا وجب الأخذ بها ﴿ولا شاهد حال يشهد له﴾ يفيد القطع للحاكم بصدق دعواه ، مثل أن يكون العيب اصبعاً زايداً أوقطع إصبع قد اندمل موضعه ، وقد اشتراه من يومه أو أمسه ، وإلا كان القول قوله بلا يمين ، كما أنه لوكان كذلك بالنسبة إلى إنكار البايع كطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع ، قبل قوله بلا يمين .

أما إذا لم يفد القطع فظاهر الدروس وغيرها ممن قيّد القرينة بافادة القطع عدم اعتباره ، واستحسنه ثاني المحققين ، لان القرائن المثمرة للظن الذى لم يثبت من قبل الشارع اعتباره يبعد المصير إليها ، قال : ويستفاد من ذلك التعويل على ما أثمر القطع واليقين في كل موضع كالشياع إذا بلغ مرتبة التواتر ، فأثمر اليقين ، قلت ، قد يظهر من إطلاق المتن والنافع والقواعد والارشاد الاكتفاء بما يفيد الظن أيضا ، إلا أنه لا بد من اليمين معه ، لان أقصاه لوكان مع المشترى انقلاب البايع مدعياً باعتبار مخالفته للظاهر ، و المشترى منكرا لموافقته إياه ، فيقبل قوله مع اليمين ، ولا ثمرة له حينئذ لوكان مع البايع ، لان القول قوله بيمينه بدونه .

وعن حواشي الشهيد إن كان شاهد الحال للبايع لا بد من اليمين ، لانه منكر ، وإن كان للمشترى فلا يحتاج إلى يمين ، لان الحال تشهد له بسبق العيب على العقد ، كالبينة التى تشهد له بسبق العيب ، وفيه ما لا يخفى سواء أراد الظنى منه أو القطعى .

وكيف كان فيمين البايع على نفى العيب إذا كان مختبرا للمبيع مطلعاً على

خفاياه قبل البيع ، لاعلى نفي العلم بلا خلاف أجده بل في الرياض قولا واحدا ، و مقتضاه عدم الاكتفاء بـه لو حلف كذلك ، وهو لايخلو من إشكال ، سيما إذا كان جوابه به ، أما إذالم يكن قداختبره فقديقال : إنله الحلف على القطع عملا بأصالة العدم ، بناء على ظاهر السلامة ، كما يحلف على عدم النجاسة في الماء استنادا إلى أصالتها .

وعن التذكرة والميسية وغيرهما الاكتفاء حينئذ بنفي العلم : وفي المسالك« وهو حسن لاعتضاده بأصالة عدم التقدم فيحتاج المشتري إلى إثباته ، » قيل و معناه أن هذا الحلف لايسقط الدعوى بالكلية ، بل لو ظفر بعد ذلك ببيّنة أقامها ، و سمعت وهذا أحد الاحتمالين أو القولين في مثل المسألة، ولعل الاقرب أنه لا يكتفي بذلك منه ، فيرد الحاكم اليمين على المشتري ، فيحلف فيردّ أو يأخذ الارش ، قلت : وهو متجه بناء على عدم الإكتفاء بالحلف على نفي العلم في الصورة الاولى ، إذلا أثر للاختبار و عدمه ، في كون حق المدعي اليمين على نفي العلم ، فالمتجه إتحادهما في الحكم ؛ وأنه يكفي فيهما معاً اليمين على نفي العلم حتى إذا كان الجواب نفي العيب ، ويكفي ذلك في نفي استحقاق المشتري الرد الذي يشترط فيه معلومية السبق ولو بطريق شرعي ، فتامل جيداً فـإن المسالة لاتخلو بعد مـن نظر ، وقـد أشبعنا الكلام فيها في كتاب القضاء فلاحظ ، هذا كله إذا كان الجواب بنفي العيب.

أما إذا كان الجواب بلا يستحق الرد علي بهذا العيب فهو جواب صحيح يجب على الحاكم إستماعه وإحلافه على ذلك، كما عن المبسوط من غير حاجة إلى نفي العيب أو العلم به ، وما عن النهاية والسرائر من إطلاق أنه كان على البايع اليمين بالله أنه باعه صحيحا ، لاعيب فيه ، منزل على غير ذلك ، كما أن ما عن أبي علي من أنه إن ادعى البايع أنه حدث عند المشتري أحلف المشتري إن كان منكرا ، منزل على المقام أيضاً فتامل جيدا .

ولو باع الوكيل فالمشتري يرد بالعيب على الموكل و لو انكر سبق العيب لم يقبل إقرار الوكيل عليه ، و كان للمشتري الرد على الوكيل إذا كان جاهلا بالوكالة ولم يتمكن الوكيل من إقامة البينة على وكالته و إقرار الموكل بها لايجدى فى جواز الرد عليه .

نعم كان للوكيل تحليف الموكل على نفى العيب دفعاً للظلامة عن نفسه، ولو أنكر الوكيل المجهولة وكالته سبق العيب حلف على النفى دفعاً للغرامة عن نفسه ، فان نكل ردّ عليه ، وفى جواز رده حينئذ على الموكل وجهان مبنيان على أن اليمين المردودة كالاقرار فلايرد ، أو كالبينة فيرد ، و ربما أشكل بناء الوجهين على ذلك ، بأن البينة على سبق العيب غير مسموعة من الوكيل على الموكل ، بعد إنكاره السبق ، لانه معترف بكون المشترى ظالما ، وقد يدفع بأن المراد كونها كالبينة من الراد ، لامن الناكل فهى حاكمة عليها ، لكن فى اقتضاء ذلك جواز الرد من الوكيل نظر.

نعم للمشتري الرد بها بعد اعتراف البايع بالوكالة،أويقال بأن إنكاره لسبق العيب على وجه الاستناد إلى الأصل بحيث لاينا فى ثبوته ولا دعوى ثبوته كأن يقول فى الجواب لاحق لك على من جهة هذه الدعوى ، إذليس فى المبيع عيب لك على الرد به ، فلايمتنع حينئذ تخريج المسألة على القولين والله اعلم.

المسألة ﴿ الثالثة ﴾ اذا أراد المشترى أخذ الارش حيث يكون له ، فطريق معرفته أنه ﴿ يقوّم المبيع صحيحاً ومعيباً وينظر فى نسبة النقيصة من القيمة فيؤخذ من الثمن بنسبتها ﴾ أى ما بين القيمتين، لأنه هو الذي فات عليه بسبب العيب ، لا أنه يؤخذ تفاوت مابين القيمتين ، وإن أطلق فى النصوص وعبارات بعض القدماء ذلك ، الا أنه يجب تنزيله على كون الثمن قيمة المثل لامطلقا والاجمع فى بعض الاحوال بين العوض و المعوض وقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه و آله قال : لايجمع بين

العوض والمعوض لواحد » على أن المراد جبر مافات عليه بسبب العيب لاغيره ، مما أقدم عليه أوغبن فيه أو غير ذلك ،والذي فات عليه بسببه ما ذكرناه مضافا الى ما سمعته من الصحيح أوالحسن (١) السابق المراد من قوله فيه« ويرد عليه بقدر ماينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك» ماسمعته قطعا ، والالم يكن وجه للتقييد بالثمن كما هو واضح ، و حينئذ فما عن بعض الجمهور من أن الارش نقص قيمة المعيب من الأغلاط

نعم هو متجه في الأرش بالنسبة الى الغاصب ونحوه ، بل و الى البايع حيث يفسخ بخياره مثلا ، وكان قد تعيب في يد المشترى عيباً مضمونا ، فانه ياخذ حينئذ تفاوت ما بين القيمتين ، لامن الثمن بالنسبة مع احتماله ، لا قدامه على الضمان بالثمن ، إلا أن الاول أقوى ، وعن الشهيد في الحواشي أن الارش يطلق بالاشتراك اللفظى على معان أخر ،منها ـ نقص القيمة لجناية الانسان على عبد غيره في غير المقدر الشرعى ومنها ـ ثمن التالف المقدر شرعاً بالجناية ، كقطع يد العبد ،ومنها ـ أكثر الامرين من المقدر الشرعي والارش ، وهو ماتلف بجناية الغاصب ،

ثم ان الظاهر مراعات القيمة حال العقد لان الثمن يومئذ قابل المبيع ، وهو وقت دخوله في ملكه ، ووقت استحقاقه الارش ، لا يوم القبض باعتبار أنه يوم دخول المبيع في ضمانه ، ويوم استقرار الملك ، لانه لادخل لذلك في اعتبار القيمة ، ومنه يعلم ضعف احتمال أقل الامرين من يوم العقد الى يوم القبض ، لان القيمة ان كانت يوم البيع أقل فالزيادة حدثت في ملك المشترى ، ولان يوم البيع وقت الاستحقاق ، و ان كان يوم القبض، أقل فالنقص من ضمان البايع ،لأنه وقت الاستقرار ، ولعل احتمال

---

(١) الوسائل الباب ـ ١٦ من ابواب الخيار الحديث ٢

كون المدار على القيمة حال استحقاق الارش باختياره أو بحصول المانع من الردّ أولى منهما ، لان ذلك الوقت هو وقت استحقاق الأرش اذ قبله كان البايع مخيّراً بين الرد و الأرش ، فهو غير مستحق على التعين ، و لذا لا تشتغل بهذمة البايع حينئذ بخصوصه الامع أحد الامرين ، ولو كان العيب الذى يراد أرشه حادثا في زمن الخيار مثلا بناء على استحقاق الأرش ، فالمتجه ملاحظة القيمة حين حدوثه او حال تعين استحقاقه بالاختيار أو التصرف مثلا فتأمل جيداً

و يعتبر في المقوّم العدالة والمعرفة والتعدد و الذكورة و ارتفاع التهمة ، كما نصّ عليه في الدروس وغيرها ، الأانه مع ابتنائه على أن التقويم من باب الشهادة لا يخلو بعضها عن نظر ، خصوصاً مع تعذرها وانحصار المقومين في فاقديها ، وعلى تقدير الاشتراط ، فالمتجه حينئذ عند التعذر الرجوع إلى الصلح بمايراه الحاكم ، كما أن المتجه هنا سؤال الحاكم ممن يتمكن من المقوّمين وإن لم يجمعوا الشرائط ليكون على بصيرة في حكمه ، وأما احتمال التعطيل حتى يحصل مقومون جامعون للشرائط ، ففيه تعطيل الحق عن مستحقه ؛ كما أن احتمال الاقتصار على المتيقن و نفي الزائد بأصالة البرائة فيه ضرر على من له الارش ، فالاولى ماذكرنا .

كما أنه يمكن أن يقال «إن اختلف أهل الخبرة في التقويم » أو اختلف القيم لأفراد ذلك النوع المساوية للمبيع ، فان ذلك قد يتفق ولو نادراً ، يتعين الصلح أيضاً إذ الاقتصار على الأقل ونفى الزائد بأصل البرائة والرجوع إلى القرعة أو التخيير للحاكم أو نحو ذلك مما يظهر بعضه مما ذكروه في تعارض الامارات ، لكن المفيد و المصنف و الفاضل و الشهيدين والعليين وغير هم على ما حكى عن بعضهم على أنه « يعمل على الأوسط » الذى هو هنا عبارة عن قيمة منتزعة من مجموع القيم ، نسبتها اليه كنسبة الواحد الى عدد تلك القيم من القيمتين نصف مجموعهما ومن الثلاثة ثلثه و

هكذا حتى تكون عملا بالجميع في الجملة ، وذلك لانتفاء الترجيح لقيمة على أخرى، فالمراد من الوسط حينئذ القيمة المتوسطة بين الجميع بحيث لا تكون الى واحدة أقرب منها الى اخرى ، لا الوسط بالمعنى المنساق ، ضرورة انتفاؤه في نحو القيمتين، والاربعة ونحوها مما لا وسط لها .

وحاصله مراعاة نقيصة كل قيمة وزيادتها ، فلو قوم صحيحاً مثلاً باثنى عشر ومعيباً بعشرة وقوّمه آخر صحيحاً بثمانية، وخمسة معيباً كان تفاوت قيمتيه صحيحاً أربعة ، فتقسّم بالنّصف إعمالا لكل من البيّنتين ، فيكون قيمته صحيحاً عشرة وتفاوت قيمتيه معيباً مثلاً خمسة فتقسم أيضاً بالنّصف إعمالا لهما ، فيكون قيمته معيباً سبعة ونصفا ، فالتفاوت حينئذ بين قيمة الصّحيح والمعيب المنتزعين الربع ، فيؤخذ ذلك من الثمن ، وهذا معنى قولنا يؤخذ من القيمتين نصف مجموعهما ، ومن الثلث ثلثها، محافظة على ذلك

وكذا قول بعضهم في طريق ذلك ، بوجه أسهل من الأول، إنه تجمع القيم الصحيحة، والقيم المعيبة ، ثم تنسب ويؤخذ بنسبتها من الثمن ، بل هو بعينه الرجوع إلى نصف مجموع القيمتين ، ضرورة كون النسبة بين المجموعين هي النسبة بين أجزائهما مع اتحاد الاجزاء في الاسم كالنصف مثلا، فالنسبة بين العشرين والخمسة عشر مثلاً هي النّسبة بين العشرة والسّبعة ونصف، وبالنسبة بين الستة والثمانية ، كالنسبة بين نصفيهما كما هو واضح ، ومرجع الجميع إلى ماذكرنا

نعم يحكى عن الشهيد طريق آخر للجمع بين القيم ، بل عن إيضاح النافع أنه الحق ، وهو أن ينتسب معيب كل قيمة إلى صحيحها ويجمع قدر النّسبة ويؤخذ من المجتمع بنسبة القيم كنصفه إن كانتا اثنتين وثلثة لو كانت ثلاثة وهكذا، وهو قد يتّحد

مع الطريق الأول: وقد يختلف، وكشف الحال يحصل بصور، الأولى أن يختلف المقومون فيها معاً بأن قالت إحدى البيّنتين إن قيمته إثني عشر صحيحا وعشرة معيباً والأخرى ثمانية صحيحاً وخمسة معيباً، فالتفاوت بين مجموع الصحيحتين ومجموع المعيبتين الربع، فيرجع ربع الثمن فلو كان إثني عشر فالأرش ثلاثة وكذا اذا اخذت نصف مجموع الصحيحتين وهو عشرة ونصف مجموع المعيبتين وهو سبعة ونصف، يكون التفاوت ربعاً أيضاً وعلى ماذكره الشهيد يؤخذ تفاوت الأولى وهو السّدس، والثانية وهو ثلاثة أثمان ثم يقسم ذلك بالنّصف لأن الفرض أنهما قيمتان، فيكون نصف سدس وثمن ونصف ثمن ثم يسقط ذلك من الثمن فإذا كان هو اثني عشر سقط منه ثلثة وربعه التي هي نصف السّدس وثلاثة أثمان أي ستة ونصف، ولو كانت القيم ثلاثة إحديها كالأولى والثانية عشرة صحيحاً وثمانية معيباً والثالثة ثمانية صحيحاً وستة معيباً فعلى الأول يكون التفاوت الخمس، لأن مجموع القيم الصحيحة ثلاثون، والمعيبة أربعة وعشرون، فالتفاوت ستة هي خمس، فيرجع بخمس الثمن وهو إثنان وخمسان، من الاثنى عشر، وعلى الثاني يجمع سدس الثمن وهو إثنان من الاثنى عشر، وخمسه وهو إثنان وخمسان، وربعه وهو ثلاثة، فيكون المجموع سبعة وخمسين، فيسقط من الثمن ثلثها وهو إثنان خمسان وثلث الخمس، وبه يزيد على الاول وقد يتحدان كما لو كانت إحدى القيمتين إثنى عشر صحيحاً وأربعة معيباً، والاخرى ستة صحيحاً وإثنان معيباً فإن التفاوت الثلثان على كل منهما، وكذا لو كانت الاولى ستة معيباً والثانية ثلاثة، معيباً، فان التفاوت النصّف على كل منهما أو كانت الاولى ثمانية معيباً والثانية أربعة، فإن التفاوت الثلث على كل منهما.

وهكذا الصورة الثانية: إن تتفق قيمة الصّحيحة وتختلف المعيبة فلو كانت قيمته إثنى عشر صحيحا عند الجميع وقيمته معيباً بعشرة عند قوم، وستة عند آخرين.

والطريق على الاولى تنصيف مجموع قيمتي المعيبة ونسبته، إلى الصحيحة ويسقط من الثمن بالنّسبة، وهو الثلث هنا أو تضعّف الصحيحة وينسب المجموع الى المجموع؛ وهو هنا الثلث أيضاً، وعلى ماذكره الشهيد يجمع السّدس والنصّف من الثمن، ويسقط نصفه وهو الثلث

هنا أيضاً ،وكذا لو كانت القيم في المعيب ثلاثة بأن قالت الثالثة إن قيمته ثمانية معيباً ، فإنك ان كررت الصحيحة ، أو أخذت ثلث مجموع قيم المعيبة ونسبته إلى الصحيحة ،أو جمعت السدس والنصف والثلث وأسقطت ثلثه من الثمن ،كان التفاوت الثلث أيضاً .

الصورة الثالثة: ان تتفق قيم المعيبة دون الصحيحة ، بأن كانت قيمته ستة معيباً عند الجميع وثمانية صحيحاً عند قوم ، وعشرة عند آخرين ، والتفاوت الثلث إن ضعفت المعيبة ، ونسبتها إلى مجموع القيمتين أو أخذت نصف الصحيحتين ، ونسبته إلى المعيبة ،

وعلى ماذكره الشهيد يجمع التفاوت وهو الربع والخمسان وهي من الاثنى عشر المفروض كونه ثمنا، أربعة وأربعة أخماس ، ثم يسقط نصفهما من الثمن وهو ثلاثة ونصف وخمسان ، وبه يحصل الإختلاف بين الطريقين ، ولو كانت القيم ثلاثة بأن كانت الثالثة إثنى عشر صحيحاً صار التفاوت خمسين ، سواء أخذت ثلث مجموع الصحيحة وهو عشرة، ونسبته إلى المعيبة أو ضعفت المعيبة ثلاثا فتكون ثمانية عشر وتفاوتها مع الثلاثين خمسان .

أما على ماذكره الشهيد بجمع الربع وهو ثلاثة من الاثنى عشر و الخمسين وهو أربعة وأربعة أخماس والنصف وهو ستة فيكون المجموع ثلاثة عشر وأربعة أخماس فيسقط ثلثها من الثمن وهو أربعة وثلث وخمس وثلث الخمس ، إلى غير ذلك مما لا يخفى عليك بعد الاحاطة بماذكرنا. نعم قد يشكل ذلك كله بأنه لا دليل عليه ، وقاعدة الجمع بين البينات يمكن منعها فالمتجه حينئذ ماذكرنا من القرعة ، أو الاقتصار على الاقل ، أو نحو ذلك مما سمعت الذي لا يخلو القول بالقرعة فيه من قوة ، ومع تلك القاعدة ، فالأولى ماذكره الشهيد من إعمال كل من البينتين ببعض ما قامت عليه من التفاوت على وجه لا يفصل أحدهما عن الاخر، ضرورة كونه هو الذي اختلفت البينات فيه ، و التقويم مقدمة له ، لأنه ينتزع قيمة جديدة خارجة عن المجموع كما هو مقتضى الطريق

الأول ، إذ هو ليس جمعاً فيما اختلفت فيه البيّنات من التفاوت الذى هو مقتضى احدها الثلث مثلاً ، ومقتضى الاخرى الربع مثلا ، بل اللائق بعد القطع بانحصار التفاوت فى أحد الامرين ، ولم يعلم به على الخصوص تنصيف مقتضى كلّ من البيّنتين والحكم بكونه الارش إعمالا لكل منهما في النصف فتأمل جيداً

اللهم إلا أن يقال انهم أخذوا ذلك مضافاً إلي ما سمعت من خبر عبدالله بن عمر(١) الوارد فى الاضاحي قال : «كنا بمكة فأصابنا غلاء في الاضاحي فاشترينا بدينار ثم بدينارين ثم بلغت سبعة ، ثم لم توجد بقليل و لا كثير فوقع هشام المكاري إلى أبي الحسن عليه السلام فأخبره بما اشترينا وانا لم نجد، فوقع عليه السلام انظروا إلى الثمن الاول والثاني والثالث فأجمعوا ثم تصدقوا بمثل ثلثه» وقد عمل به الاصحاب في محله بل قالوا الضابط أن تجمع القيمتان أو القيم ويتصدق بقيمة منسوبة إلى القيم بالسوية ، فمن الثلاث الثلث ، ومن الاربعة الربع ، وهكذا واقتصار بعض على الثلث تبعاً للرواية وإلا فالمراد ذلك ، وهو قريب إلي ماقلنا به ، بل لعل اختلاف البينات هو تعدد القيم باعتبار تفاوت الرغبات فيكون كالشي الواحد الذي له قيم متعددة ومقتضى العدل الجامع بين حقى المشترى والبايع هو ما ذكره الاصحاب، و تضمنه الخبر المزبور ، فليست المسألة حينئذ من تعارض البينات كي يجرى فيها حكمه

ولو كان الثمن عروضاً استحق المشترى قيمة نسبة التفاوت منه كما أنه لو كان نقداً لم يستحق الارش في خصوص مادفعه منه، لان التحقيق كون الارش من الغرامات فالثمن حينئذ ملك البايع على كل حال، ولو كان العيب في الثمن وكان عروضاً استحق البايع على المشتري قيمة نسبة التفاوت من المبيع فمع فرض كون التفاوت النصف استحق عليه قيمة نصف المبيع

(١) الوسائل الباب ٥٨ من ابواب الذبح الحديث -١

وقد يحتمل أنه يستحق عليه تفاوت مابين الصحة والعيب ، ولا جمع هنا بين العوض والمعوض عنه بحال ، لأن الغابن إن كان هو المشترى فالامر واضح ، وان كان هو المغبون، فليكن كذلك في الثمن وأرشه ، ضرورة أن الارش ليس هو إلاجابراً للمعيب، بحيث يصيره صحيحاً؛ وهو الغبن الاول الذي قد أقدم عليه ، وفيه أن مثله يأتى في عيب المبيع مع أنك قد عرفت انه يرجع على الثمن بنسبة التفاوت ودعوى ـ الفرق بينهما يكون الثمن قيمة للمبيع ، بعد أن تراضيا عليه ، فيكون التفاوت بالنسبة وملاحظة القيمة الواقعية إنما هو لمعرفة قدر التفاوت ـ يدفعها أنه كما أن الثمن قيمة للمبيع بالتراضى كذلك المبيع قيمة الثمن لذلك أيضاً ، فالاولي ملاحظه النسبة في كل منهما ، فتامل جيداً

المسألة ﴿ الرابعة إذا علم بالعيب ﴾ بعد العقد ﴿ ولم يردّ لم يبطل خياره ولو تطاول إلا أن يصرّح باسقاطه ﴾ أو يحصل ما يقتضيه مما عرفته فيما تقدم ، إذ هو على التراخي على المشهور بل ربما ظهر من بعضهم الاتفاق عليه فضلا عن عدم الخلاف فيه ، وفي المسالك «أنه المعروف في المذهب ولا نعلم فيه خلافاً» نعم نجعله في التذكرة أقرب وهو يشعر بخلافه ، لكن لا نعلم قائله وإنما خالف فيه الشافعي جعله على الفور وهو محتمل إن لم يثبت الاجماع بتقريب الدليل السابق في نظائره ،

قلت الاستصحاب و إطلاق الادلة بل ظهور بعضها إن لم يكن صريحة ينفى الاحتمال المزبور ، فضلا عن الاجماع المذكور، وإن كان هو قول ابني زهرة وحمزة في الغنية ﴿و﴾ الوسيلة بل نفى الخلاف عنه أولهما ، إلا أنه غريب فلاريب حينئذ في التراخي كما أنه لاريب في أن ﴿ له فسخ العقد بالعيب سواء كان غريمه حاضراً أو غائباً ﴾ خلافا للمحكي عن أبى حنيفة من اشتراط الحضور

المسألة ﴿ الخامسة إذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشترى

رده﴾ قطعاً ﴿ وفي الارش تردد ﴾ وخلاف قد تقدم الكلام فيه سابقاً في التسليم ﴿ولو قبض بعضه ثم حدث في الباقي حدث ﴾ العيب ﴿كان الحكم كذلك فيما لم يقبض ﴾ لأنه مضمون على البايع واتحاد الصفقة يلحق المقبوض به في ذلك بل لا يجوز له الاقتصار على رد غير المقبوض لما عرفته مفصلا في المعيب بعيب سابق إذ المسألة من واد واحد.

لكن في المسالك هنا « أنه ربما قيل بجواز الاقتصار على رد المعيب خاصة نظرا إلى أن سبب الرد هو العيب الحادث في البعض وقد حدث حين كان ذلك البعض مضمونا وحده فيتعلق به جواز الرد دون المقبوض » وفيه أن حدوث العيب في غير المقبوض مقتض لجواز رده في الجملة لارده وحده ، لأن كون المقبوض غير مضمون لا يمنع رده كما لا يقتضيه ، فيبقى مقتضى إتحاد الصفقة الذي هو عدم جواز تبعيضها إلا بالتراضي بحاله من غير معارض ، بل لو أراد المشتري رد الجميع ولم يرض البايع إلا برد المعيب وحده لم يكن له ذلك ، لأن المعيب يرد بعيبه الحادث في وقت كونه مضمونا ، والباقي حذرا من تبعيض الصفقة كما هو واضح .

﴿ و﴾ أما ﴿ ما يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار لايمنع الرد في الثلاثة ﴾ لأنه مضمون على البايع فيها ، فلا ينافي الخيار الثابت فيها كما أنه لا يمنع الرد بالعيب السابق ولو فيما بعدها ، لما عرفت من أن ثبوت الخيار به على التراخي والحادث لا يصلح مانعا له ، بعد أن كان مضمونا على البايع نعم ظاهر العبارة أنه هو لا يوجب خياراً كما حكاه أول الشهيدين عنه في الدروس قال : « و هو ينافي حكمه في الشرايع بأن الحدث في الثلاثة من مال البايع مع حكمه بعدم الأرش فيه » وكأنه يريد أنه إذا كان مضمونا على البايع كالجملة لازمه الحكم بالأرش ، إذ لا معنى لكون الجزء مضمونا إلا ثبوت ارشه ، لان الارش عوض الجزء الفائت أو التخيير بينه وبين الرد ، كما أن ضمان الجملة يقتضي الرجوع بمجموع عوضها وهو الثمن .

ومن هنا كان خيرة الشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم أن له الردّ بالعيب الحادث بل صرّح بعضهم بان له الأرش إن اختاره ، إذ هو باعتبار ضمانه على البايع كالعيب السابق ، وهو المنقول عن شيخ المصنف نجيب الدين ابن نما فيكون له في الثلاثة حينئذ الخيار في الردّ من جهتين ، ولامانع ، لأن علل الشرع معرفات يمكن اجتماع كثير منها في وقت واحد ، كما في خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن اذا اجتمعت في عين واحدة قبل التفرق ، وتظهر الفائدة في المقام في الاسقاط وفي ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلاثة ، ولعدم تقيد خيار العيب بها ، وإن اشترط حصوله فـي الثلاثة فما قبلها وقد تقدم في العيب قبل القبض مايظهر منه المطلوب هنا ، لاتحاد هما في كيفية الدليل ، فياتي في الأرش والردّ حينئذ ماسمعته سابقا .

وقد ينتصر للمصنف بأن الأصل اللزوم ولامعارض له سوى مادل على أن التلف في الثلاثة من مال البايع ، وهو ظاهر في الانفساخ وألحق به العيب ، إلا أن الاجماع على عدم الانفساخ به ، فيمكن أن يكون المراد بكونه من مال البايع أنه إذا فسخ المشترى بخياره الذي هو الثلاثة تستقر غرامة العيب على البايع ، لا أنه يردّ به ، أو أن له الارش للاصل السالم عن المعارض ، ولاينتقض ذلك بالعيب قبل القبض لأنه لا أرش له عنده أيضاً ، وأما الرد به فلعله للاجماع ونحوه ، وبذلك يرتفع التنافي عن كلام المصنف والله أعلم بحقيقة الحال

المسألة ﴿ السادسه : روى﴾ اسمعيل ﴿ أبو همام ﴾ بن همام في الصحيح ﴿ عن الرضا عليه السلام (١) قال : ﴾ سمعته يقول ﴿ « يردّ المملوك من أحداث السنة : من الجنون والجذام والبرص ﴾ فقلت : كيف يردّ من أحداث السنة قال: هذا أول السنة ، فاذا اشتريت مملوكا به شيء من هذه الخصال مابينك وبين ذي الحجة فرده

---

(١) الوسائل الباب ٢ ـ من ابواب احكام العيوب الحديث ـ ٢ ـ

على صاحبه» ﴿ و في رواية على بن اسباط عنه عليه السلام ﴾ أيضاً (۱) « و أحداث السنة تردّ بعد السنة قلت و ما ﴿ احداث السنة ﴾ قال ﴿ الجنون والجذام و البرص و القرن ﴾ فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم أن ﴿ يردّ ﴾ على صاحبه ﴿ إلى تمام السنة من يوم اشتراه » وفي معناه رواية محمد بن على ﴾ الذى احتمل فيه أنه الحلبى (۲) ﴿ عنه عليه السلام أيضاً ﴾ قال« سمعته يقول يردّ المملوك من أحداث السنة من الجنون والجذام والبرص والقرن قال: قلت: كيف يرد من أحداث السنة فقال : هذا أول السنة يعني المحرم فإذا اشتريت مملوكا فحدث فيه من هذه الخصال مابينك وبين ذى الحجة رددت على صاحبه» وفي خبر ابن فضال (۳) «تردّ الجارية من أربع خصال من الجنون والجذام والبرص والقرن والحدبه » وعن الكافى(۴)«والقرن الحدبه إلا أنها تكون في الصدر تدخل الظهر و تخرج الصدر » وفي موثقه (۵) عن أبي الحسن عليه السلام «في أربعة اشياء خيار سنة الجنون و الجذام والبرص والقرن » و في حسنة عبدالله بن سنان(۶) «وعهدته السنة من الجنون فماكان بعد السنة فليس بشيء» وروى الوشا (۷)«أن العهدة في الجنون وحده إلى سنة» ولا محيص عن العمل بما تضمنه الصحيح الاول بعد اعتضاده بماسمعت ، وبالاجماع في الغنية ومحكي السرائر الذي يشهد له التتبع لكلمات الأصحاب فإني لم أجد خلافا في الردّ بها إلى سنة كما عن التذكرة الاعتراف به في الجنون، بل قيل إن ظاهرها الاجماع فيه وفي الاخيرين فما عن الأردبيلي من التوقف في خصوص البرص منها لما في حسنة عبدالله بن سنان (۸)« من

---

(۱)(۲)الوسائل الباب ۲ -من ابواب احكام العيوب الحديث- ۲ وفي ذيل الحديث ۲-

(۳)(۴)الوسائل الباب ۲ من ابواب احكام العيوب الحديث ۱ -وفي ذيله ۲

(۵) (۶)(۷)الوسائل الباب ۲ من ابواب احكام العيوب -۷ ۳ ۶

(۸) الوسائل الباب ۳- من ابواب الخيار الحديث ۷

أنّ العهدة في ثلاثة ايام» في غير محله ، ضرورة قصورها عن معارضة ماسمعت من وجوه خصوصاً بعد احتمال تصحيف المرض فيها بالبرص، للتقارب في النقش، كما أن الاشكال في المسالك في الجذام بانه يوجب العتق على المالك قهراً ، وحينئذ فان كان حدوثه في السنة دليلا على تقدمه على البيع ، اماقيل في تعليل الردّ بهذه الأحداث ؛ من أن وجودها في السنة دليل على حدوثها قبل البيع ، لانها تكمن في البدن سنة لم تخرج، فيكون عتقه على البايع ، فيكشف ظهوره عن بطلان البيع فلايتجه الخيار؛ وإن عمل على الظاهر كان حدوثه في ملك المشتري موجباً لعتقه قبل أن يختار الفسخ إذليس له اختياره ،حتى يتحققه،ومتى تحققه حكم بعتقه شرعاً قبل الفسخ،فيشكل جوازه بعد العتق في غير محلّه .

وإن قال : ويمكن حلّه بأن الحكم بعتقه بالجذام مشروط بظهوره بالفعل ، كما هو ظاهر النص ، ولايكتفى بوجوده في نفس الامر، فلايعتق على البايع قبل بيعه لعدم ظهوره ولابعده قبل الفسخ ، لعدم ملكه، وعتقه على المشتري موقوف أيضاً على ظهوره ، وهو متأخر عن سبب الخيار فيكون السابق مقدماً فيتخير ، فان فسخ عتق على البايع بعده، وان اختار الامضاء عتق على المشتري بعده ، فينبغي تأمل ذلك،قلت :فيه أولاً أنه لا إشعار في شيء من النصوص بأن الفسخ بهذه العيوب لمكان ظهور سبقها عند البايع ، حتى يتّجه القول بسبق الخيار، قال : ابن ادريس الذى هو الاصل في الاشكال المزبور؛ فيما حكي من سرائره أن الدليل على ذلك الاجماع ؛ ومابنا حاجة إلى ما قاله شيخنا في مقنعته ، من أن أصول هذه الأمراض يتقدم ظهورها سنة ، ولايتقدمها بأكثر من ذلك ، لأن هذا يؤدى إلى بطلان البيع ،لأن البايع باع مالا يملك ، لأن الرقيق ينعتق بالجذام من غير اختيار مالكه ، وإنما الشارع حكم بأن الرقيق يردّ من هذه العيوب مالم يتصرف فيه ما بين شرائه من سنة ، وثانياً أنه يمكن القول كما في

الحدائق بأن الانعتاق بالجذام ونحوه إنّما هو في الملك المستقر الذي لايتعقبه خيار و لافسخ ، بخلاف مانحن فيه الذي هو مراعى بمضي السنة ، فلابأس حينئذ بتنزيل خبر السكوني(١) الدّال على الإنعتاق به على غير الفرض ، خصوصاً مع قصوره عن معارضة هذه النصوص من وجوه ، فلاوجه حينئذ للتفصيل بين فسخه،فينعتق على البايع و عدمه ، فينعتق على المشتري ، لوضوح بعده عن هذه النصوص ، وإن كان قد يناقش فيه بأن التعارض بينها وبين خبر السكوني إنما هو في غير هذا الحال ، فيترجح عليه ، أمّا غيره فيبقى بلامعارض .

نعم قد يقال أنه لاتنافي بين انعتاقه وبين استحقاق المشتري الرجوع على البايع ، إلّا أنه يمكن أن يكون إنفساخاً للعقد لأنه قد تلف بعيب مضمون على البايع ، فهو كما لوعمى في الثلاثة ، فالمراد بالردّ حينئذ في النصوص هنا الاعمّ منه ومن الردّ بالخيار؛ ويحتمل أن لايكون انفساخاً فله الخيار حينئذ بين فسخ العقد والرجوع بالثمن ، و بين الامضاء والمطالبة بالأرش ، لكن يجب حينئذ عدم ملاحظة الحرّية فيقوّم عبداً صحيحاً وعبداً مجذوماً، إذ على تقدير ملاحظتها لاتبقى له قيمة،فلاجهة للارش ، بل يتعين كونه انفساخاً ، كما في كل عيب مذهب للمالية ، ولعل ذلك لازم على ماذكره في المسالك أيضاً فيما لومنع من ردّه من حدوث عيب ونحوه ؛ ثم أجذم فإنه لامحيص له حينئذ عماذكرنا من القول بالإنفساخ قهراً واختيار الأرش على الطريق الذي ذكرناه ، هذا كله في العيوب الثلاثة .

وأمّا القرن فقد ألحقه في الدروس ومحكي جامع الشرايع والإسكافي فيما حكي عنه ، لكن في المسالك نسبته إلى الشهرة ، ولم نتحققها بل لم نعرف القول به لغير من عرفت ، فالقول به لايخلو من تأمّل ، وإن تضمنه الأخبار المزبورة المحتاج بعضها

---

(١) الوسائل الباب -٢٣- من ابواب العتق الحديث -٢

إلى جابر، كما أن اقتصار الأكثر على غيره يوهن الآخر، على أن في خبر كافي (۱) منها مايقضي بأنه الحدبه، وهو خلاف المعروف بين الفقهاء واللغويين، إذ هو عندهم شيء كالسن يكون في الفرج يمنع من الجماع، وعلى مارواه غيره(۲) يكون الحدبه معطوفا على الاربعة، إلا أنه لم نعثر على مفت به ولا على نص آخر به، واحتمال دخولها في القرن باعتبار اشتراكها معه في النشو، وإن كان هو في الفرج وهي في الصدر كما ترى

وكيف كان فالظاهر مساوات الخيار بهذه العيوب له في غيرها سقوط الرد بالتصرف وحدوث العيب ونحوهما مما عرفت، وبالسقوط في الاول فضلا عن غيره صرح الفاضل و الشهيدان وغيرهم، بل لعل من تركه هنا اتكالا على ماذكروه في حكم العيب، ولذا قال في الغنية: «يرد بها مالم يمنع مانع» وقال ابن ادريس فيما حكي من سرائره «ان خطر بالبال وقيل الفرق بين هذه العيوب وغيرها أنه لايسقط الرد بها بالتصرف بخلاف غيرها، قلنا له: هذا خلاف إجماع أصحابنا؛ ومناف لأصول المذهب، لأن الاجماع حاصل على أن التصرف يسقط الرد بغير خلاف بينهم، و الأصول مثبتة مستقرة على هذا الحكم» بل ظاهره الاجماع على ذلك إلا أنه أشكله بعضهم بأنه يبعد تنزيل إطلاق الاخبار على عدم التصرف في المملوك الذي يشترى للخدمة في مدة هذه السنة، فلا يبعد القول بعدم سقوط هذا الخيار بالتصرف كالمصراة؛ وقد يدفع أولا بأنه لا إستبعاد في حمل الاطلاق عليه بعد أن لم يكن جوابا للسؤال عن أمر واقع، وثانيا أنه قد يقال إن المسقط للرد إنما هو التصرف بعد حصول سبب الخيار لاقبله، والنصوص لو سلم ظهورها فهو في الثاني، لا الأول كما هو واضح

---

(۱) الوسائل الباب ۲ من ابواب احكام العيوب الحديث-۱

(۲) الوسائل الباب ۲ من ابواب احكام العيوب الحديث ۱

ولعله إليه أومىء المصنف بقوله: ﴿فرع هذا الحكم يثبت مع عدم الاحداث فلو أحدث ما يغيّر عينه أو صفته ثبت الارش وسقط الردّ﴾ وان اعترضه في المسالك بأن مطلق التصرف مانع من الردّ كغيرها من العيوب وان لم يوجب تغييراً، لكن قد يقال ان المصنف أراد أن التصرف إذا لم يكن يقتضي أحد الامرين ولا مخرجاً عن الملك، لا يسقط الردّ بالعيب الحادث بعده: أما عما فيسقطانه وإن حصلا قبله لاشتراط الردّ في المعيب بكون العين قائمة، أي غير متغيرة ولو صفة، ولذا كان حدوث العيب مانعاً من الردّ، بل قد تقدّم احتمال توقف حقيقة ردّ العين عليه، وكذا يسقطه مطلق التصرف وإن لم يكن مغيراً لو كان بعد حصول سبب الخيار.

وعلى كل حال فلا ينبغي التامل في ثبوت الأرش هنا مع حصول المانع من الردّ، وإن استشكل فيه في التحرير، إلا أنه في غير محله، ضرورة عدم نقصان هذه العيوب عن غيرها بالنسبة إلى ذلك؛ وعدم التعرض له في نصوص المقام إكتفاء بما تضمنته من بيان زيادة هذا العيوب على غيرها بالردّ بها لو حدثت في ضمن سنة، فالثابت لما عداها ثابت لها بطريق أولى. نعم قد يستشكل في الأرش إذا حدثت هذه العيوب في المملوك في ضمن السنة، لكن بعد انتقاله إلى غيره على وجه لا يردّ بها عليه، لظهور المراد في نصوص المقام كون المملوك باقياً على الملك، مضافاً إلى الاقتصار فيما خالف الاصل على المتيقن.

لكن الأقوى ثبوت الأرش أيضاً، والردّ في النصوص محمول على ما إذا كان باقياً على الملك، وأولى من ذلك ما إذا كان انتقالها بوجه يرد بها عليه، وأولى منه لو ردت فعلا بها عليه، فظهر أن المتجه حينئذ مساوات هذه العيوب لغيرها في ذلك كله، ومنه يعلم أن الرد بها وإن اشترط بحصوله في السنة. إلا أنه لا يتقيد بها كما هو مقتضى إطلاق الأدلة؛ بل قيل ان خبر علي بن اسباط (١) صريح فيه، و لا ينافيه

(١) الوسائل الباب -٢- من ابواب أحكام العيوب الحديث -٢-

ذيله بعد أن كانت الغاية فيه للإحداث لا إلى الرد، فيكون المراد من قوله فيه بعد السنة أن له الردّ مع حدوثها في السنة، من حال حدوثها إلى ما بعد السنة، لا أن المراد اشتراط الرد بما بعدها، ثم إن الظاهر إرادة مقدار سنة مبدأها يوم الشراء، لأن المراد تمام تلك السنة التي مبدأها المحرم حتى أنه لو وقع الشراء مثلا في ذي الحجة كان العهدة من هذه العيوب تمامه - لأن به تتم السنة، وإن أو همه بعضها. نعم قد يظهر منها اعتبارها هلالية لا عددية؛ وإن وقع الشراء في المنكسر والله اعلم

«الفصل السادس»

«في المرابحة والمواضعة والتولية» التي هي بجميعها قسيمة للمساومة لما قيل: من ان البايع، إما أن يخبر برأس ماله أولا، والثاني المساومة، والأول المرابحة إن باع بربح والمواضعة إن باع بنقص، والتولية إن انتفيا معاً فالمرابحة حينئذ كما في القواعد البيع مع الإخبار برأس المال مع الزيادة عليه؛ ومنه يعلم تعريف البواقي، وزاد أول الشهيدين «التشريك» و هو إعطاء بعض المبيع برأس ماله، بأن يقول شركتك في هذا المتاع نصفه مثلا بنصف ثمنه، بعد العلم بقدره؛ وتبعه ثاني الشهيدين بعد اعترافه بأنه لم يذكره كثير، قال: وفي بعض الأخبار دلالة عليه

قلت: ومقتضاه عدم تصور المرابحة فيه؛ وهو التشريك بالربح ولا المواضعة، و فيه نظر. و على تسليمه يمكن اندارجه في التولية، بدعوى تعميمها حينئذ للجميع والبعض، فتكون قسمة الاصحاب حينئذ بحالها، قال: في التذكرة ولو كان المشتري قد اشترى شيئاً وأراد ان يشرك غيره فيه ليصير له بعضه بقسطه من الثمن جاز، بلفظ البيع و التولية و المرابحة والمواضعة ثم إن نصّ على المناصفة وغيرها فذاك، و إن أطلق الإشتراك احتمل فساد العقد ــ للجهل بمقدار العوض، كما لو قال: بعتك بمأة

ذهباً وفضة ـ والصحةوتحمل على المناصفة كمالو أقربشيء لاثنين ، و للشافعية وجهان كهذين ، والاشتراك في البعض ، كالتولية في الجميع في الاحكام السابقة

لكن قد يقال : أن المرابحة مثلا البيع بنفس رأس المال مع زيادة كذا قال العلا(١) « قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يريد أن يبيع البيع فقال : أبيعك بده دوازده فقال لاباس ؛ انما هذه المراوضة فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة » وظاهره حصرها في ذلك ، و هو لا يأتي في التشريك ، لان القسط من الثمن ليس ثمناً ولذا لم تحصل المرابحة العرفية في أبعاض المبيع المعينة المقسط عليها الثمن كما ستعرف انشاء الله

و كذا الكلام في التولية و المواضعة نعم قد يقال : ينبغي إرادة القصد فيها مع ذلك ، بعدم جريان أحكام المرابحة علي البيع بالزيادة مع قصد عدمها بل و بدون قصدها ؛ إلا أنه لايخلو من نظر ، فتامل ولو اختلفا في القصد فالظاهر البطلان ، ولو ادعى المشتري إرادة المرابحة ، فأنكر البايع كان القول قوله بيمينه ، إذا لم يكن ظهور في اللفظ، لانه كدعوى الشرط على البايع حينئذ ؛ ولعل المفاعلة في المرابحة و والمواضعة لتوقف العقد على الرضا والصيغة من الجانبين ، فكان كلا منهما فاعل للربح وإن اختص بملكية أحدهما

وعلي كل حال ففي الدروس «قد يتفق المرابحة وقسيماها في مبيع واحد ، كما لو اشترى ثلاثة ثوبا بالسوية لكن ثمن أحدهم عشرون و الاخر خمسة عشر و الاخر عشرة ثم باعوه بعد الاخبار ، بخمسة واربعين ، فهو مواضعة بالنسبة إلى الاول ، و تولية بالنسبة إلى الثاني، ومرابحة بالنسبة إلى الثالث ، وكذا لو باعوه مساومة و لا يقسم على راس المال ، هذا مع تعدد العقود ، ولو كان العقد واحداً بالخمسة والاربعين ، كان الثمن

(١) الوسائل الباب ـ١٤ ـ من ابواب احكام العقود الحديث ـ٥ـ

مقسوماً على رأس المال ، و لوتشخص في العقد الواحد ثمن كل ثلاث فهو كالعقود المتعددة ، والظاهر أن مراده بقوله هذا إلى آخره . بالنسبة إلى الثلاثة الذين اشتروا الثوب بالسوية اذا القسمة على رأس المال متجهة فيهم لو كان العقد واحد، أو لم يذكر ثمن كل ثلاث ، ولو اشترى خمسة ثوباً بالسوية لكن ثمن نصيب أحدهم عشرون ، والآخر خمسة عشر، و الثالث عشرة ، و الرابع خمسة، و الخامس لم يتبين ، ثم باع من عدا الرابع نصيبهم بستين ، بعد إخبارهم بالحال ، و الرابع شرك في حصته فهو بالنسبة إلى الاول مواضعة ، وإلى الثاني تولية ، والثالث مرابحة ، و الرابع تشريك ، و الخامس مساومة ، واجتماع قسمين وثلاثة وأربعة منها على قياس ذلك ، إلا أنه ينبغي مراعاة القصد الذي ذكرناه.

﴿و﴾ كيف كان ، ف ﴿الكلام﴾ في المرابحة و توابعها يقع في مقامين، أحدهما ﴿ في العبارة و ﴾ الثاني في ﴿ الحكم أما العبارة فان يخبر برأس ماله ﴾ بما تسمعه من إحدى العبارات الآتية وشبهها إذا لم يكن المشتري عالماً، وإلا كفى الاعتماد على علمه ، كما صرح به في التذكرة، واحتمال وجوب الذكر تعبداً ليكون قائما مقام ذكره في العقد بعيد ، فالأخبار في المتن و غيره محمول على الغالب من إنحصار طريق معرفة المشترى فيه ، ثم ﴿ يقول ﴾ بعد الإخبار ﴿ بعتك أو ما جرى مجراه ﴾ مما تقدم في الصيغة ﴿ بربح كذا ﴾ و جريان المرابحة ولو احقها في غير البيع من عقود المعاوضة كالصلح والاجارة لايخلو من قوة ، بل صريح بعضهم جريانها في الإجارة ، بل السيرة القطعية على جريانها في المعاطاة ، على أن التحقيق كونها من الإباحة بعوض ، وحينئذ يكون ذكر المرابحة في البيع كذكر النقد والنسيئة ، لا لإرادة اختصاصها به ، هذا كله بالنسبة إلى نقل المال إلى المشتري .

أما إنتقاله إلى البايع فلايعتبر فيه البيع قطعا ، بل يكفي فيه الصلح و نحوه ، بل قد يقال : بكفاية جميع ما يغرمه في تلك الحال ، كإحياء أرض ، أو معدن ، أو نحو

ذلك ، وقد أراد بيعها مرابحة ، جاعلا ما غرمه على ذلك رأس مال مخبراً بتقوّمه ونحوه فتأمل : ولا يتعين لفظ ربح ، بل يجري مجراه كل ما أفاد فائدته من لفظ الزيادة و غيرها ، نعم قد يفرق بينه وبينها بصراحته أو ظهوره في نفسه ، في إرادة عقد المرابحة بخلاف لفظ الزيادة فإنه يحتاج معه إلى ضم غيره معه في إرادة المرابحة، لما عرفت من أعمية البيع بالزيادة منها، ولعله على هذا ينزل خبر ميسر بيّاع الزّطي(١) الفارق فيه بين اللفظين ، فلاحظ وتأمل، قال : «قلت : لأبي عبدالله عليه السلام إنا نشتري المتاع نظرة ، فيجيئني الرجل ، فيقول : بكم تقوّم عليك ؟ فأقول : بكذا و كذا ، فأبيعه بربح ، فقال : إذا بعته مرابحة ، كان له من النظرة مثل مالك قال : فاسترجعت ، و قلت : هلكنا ، فقال : مم قلت ؟ لأن ما في الارض من ثوب أبيعه مرابحة ، يشترى مني ، ولو وضعت من رأس المال ، حتى أقول تقوم بكذا وكذا ، قال فلما رآى ماشقّ ، عليّ ، قال : أفلا أفتح لك بابا يكون لك فيه فرج منه ، قل : قام عليّ بكذا وأبيعك بزيادة كذا ولا تقل بربح» بل وخبر عبيد بن عبد ربه (٢) قال : «قدم متاع لأبي عبدالله عليه السلام من مصر ، فصنع طعاماً ودعى له التجار ، فقالوا : ناخذه بده دوازده ، فقال : لهم أبو عبدالله عليه السلام وكم يكون ذلك . فقالوا : في كل عشرة آلاف ألفين ، فقال أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألفا ، فباعهم مساومة » الذي يكشف عن المراد ، بخبر محمد بن مسلم (٣) «قال ابو عبدالله عليه السلام : «إني أكره بيع عشرة بإحدى عشرة ، ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة ، وقال : أتاني متاع من مصر فكرهت أن أبيعه كذلك وعظم عليّ ، فبعته مساومة» بناء على أن المراد إضافة الزيادة مع الاصل ثم بيعه مساومة ، ﴿ولا بد أن يكون رأس ماله معلوما ، وقدر الربح معلوماً﴾ عندهما حال البيع ، بلا خلاف أجده فيه ، بل في التذكرة لو كان المشترى جاهلا برأس المال بطل البيع إجماعاً ، و كذا لو كان البايع

---

(١) الوسائل الباب -٢٥- من ابواب احكام العقود الحديث ١

(٢) (٣) الوسائل الباب - ١٤- من احكام العقود الحديث ١ و ٢

جاهلا به والمشتري عالم به ، أوكانا جاهلين ، و عن المبسوط لوعلما قدر رأس المال وجهلا الربح مثل أن يقول : رأس المال كذا ، والربح ما نتفق عليه بطل ، قلت : لاريب في البطلان مع هذه الجهالة ، في رأس المال ، أوالربح ضرورة ، رجوعها إلى جهالة الثمن التي هي مانع من صحة البيع من أصله ، فضلا عن خصوص المرابحة منه ، والأول إلى العلم غير كاف فيه قطعا ، نعم في جامع المقاصد والمسالك «أن المراد بذلك وجوب علمهما حالة البيع ، فلايكفي علم أحدهما ؛ ولا تجدد علمهما بعد العقد ، وإن اقتضاه الحساب المنضبط ، كما لو علما بالثمن وجهلا الربح كل عشرة درهما ، والحال أنهما لا يعلمان ما يتحصل من المجموع حالة البيع ، ولعله كذلك إذا فرض جهلهما أو جهل أحدهما بمقدار الثمن عشرات مثلا ، أما إذا علماه إلا أنهما لم يستحضرا المجموع ، فقد يقال : بصحته خصوصاً إذا لم يكن محتاجا إلى طول نظر ، لعدم الجهالة في مثله عرفاً فيتنا وله العمومات ، بل قد تحتمل الصحة في الأول أيضاً ، لانه وإن كان مجهول الجملة إلا أنه معلوم عند التفصيل .

قال : في المختلف «ولو أخبره برأس المال وزاد في كل عشرة درهماً ، ولم يعلما وقت العقد كمية الثمن احتمل البطلان ، للجهالة ، والصحة لإمكان العلم ، فإنه يستخرج بالحساب» و علل في التذكرة كراهة نسبة الربح إلى الثمن في المرابحة ، بأنه قد لايعلم قدر الثمن في حالة العقد ؛ ويحتاج في معرفته إلى الحساب ، بل قد عرفت فيما سبق صحة بيع الصبرة كل قفيز بدرهم ، مع أنها مجهولة الجملة ، بل جوز الفاضل في القواعد ، بعتك هذه السلعة بأربعة إلا ما يخص واحدا إذا علماه بالجبر والمقابلة ، كل ذلك مضافاً إلى إطلاق النصوص خصوصاً المتضمن منها جواز بيع ده بدوازده ، فالقول بالصحة حينئذ في الصورتين خصوصاً الأولى لايخلو من قوة .

نعم قد يقوى البطلان لوفرض عدم علمه بمسمى العشرة مثلا إذ هو غرر محض ؛ و كونها عدداً مضبوطاً في نفسه وإن لم يعرف مصداقها غير مجد ، ولعل منه الشراء بوزن

بلد مخصوص لا يعلمه أو كيله ، ثم إن الظاهر كون المراد من العلم برأس المال الذى هو شرط في الصحة ، عدم إناطة البيع به ، ثم البحث عنه بعد ذلك ، أما إذا لم يكن كذلك بل فرضنا له رأس مال وعيّناله ربحاصح مع تراضيهما، كما أنه يصح لو اقتصر البايع على المتيقن من رأس المال . نعم قد يمنع صدق اسم المرابحة عليه مع أن فى ذلك بالنسبة إلى بعض الصور نظر ، فتامل جيدا والله اعلم .

﴿و﴾ كذا ﴿لابد من ذكر الصرف والوزن إن اختلفا﴾ مع الاختلاف لحصول الجهالة بدون ذلك إذا فرض تعدد النقود ، واختلف صرفها ووزنها ، بأن كان صرف بعض الدنانير عشرة دراهم ، وبعضها أكثر ، وكذا الوزن لو كان الثمن دراهم مثلا معروفة بالوزن ، أما لو اتخذ النقد لم يفتقر ، كما صرح بذلك كله ، فى جامع المقاصد والمسالك، وزاد في الأول «يمكن أن يراد أنه يجب الجمع بين ذكر صرف الدراهم مع الوزن إن فرض الاختلاف ، بأن يكون صرف الدراهم المختلف وزن أنواعه واحداً ، فإن ذكر الصرف حينئذ لا يغنى عن ذكر الوزن» ، قلت : كما أنه لا يغنى ذكر الوزن للدراهم المختلف صرفها مع اتحاد وزنها ولو في بلدين إذا كان الشراء فى ذات الصرف الزائد .

كما يؤمي إليه خبر اسماعيل بن عبد الخالق (١) «قال : قلت لابى عبدالله عليه السلام إنا نبعث بالدراهم لها صرف إلى الاهواز ، فيشترى لنا بها المتاع ، ثم نلبث فإذا باعه وضع عليه صرفا ، فإذا بعناه كان علينا أن نذكر له صرف الدراهم فى المرابحة و يجزينا عن ذلك؟ فقال : لا بل إذا كانت المرابحة فاخبره بذلك ، و إن كانت مساومة ، فلا بأس» وفي الوافى تحرّينا عن ذلك بالمهملتين ، اي تعمدنا الاعراض عنه و طلبنا ماهو احرى ، وفيما حضرنى من نسخة الوافى عن التهذيب ، روايته نحو ذلك لكن فيه بدل ثم نلبث ، فاذا باعه ثم يكتب روزنامچه يوزع عليه صرف الدراهم فإذا بعناه فعلينا أن نذكر صرف الدراهم فى المرابحة ، و تجزينا عن ذلك ؟

(١) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام العقود الحديث ـ ١

قال : اذا كان مرابحة فأخبره » إلى آخره و لعله أصح ، و الموجود في نسخة معتبرة من الكافي ، تجزينا « بالجيم و الزاء المعجمة » و كذا في نسخة معتبرة من التهذيب عنه ، لكن مع زيادة الواو في قوله تجزينا؛ ولعل عدمها أولى، وحينئذ يحتمل أن يكون ابتداء السؤال على جهة الاستفهام من قوله ، كان أو كونه تجزينا عن ذلك ، على معنى ؛ هل يجزينا عن غيره ؟ وهو الإقتصار على أصل الثمن ، اذا كان دوانيق ، مثلا ودفعنا عنه في تلك البلد دراهم ، لها صرف أي فضل عن الدراهم في بلد بيع المرابحة قال : لا يجزي إلا أن تخبره بالحال، فإن الدراهم وإن لم تكن ثمنا لكن لما دفعت عنه صار كانه متشخص بها ؛ لان النقد يقوم بعضه مقام بعض في عرف التجار ، بخلاف العروض ، و يمكن أن يكون هذا من جملة المراد بقولهم يجب ذكر الصرف ، خصوصاً مع ملاحظة إرادة وجوب ذلك من حيث المرابحة ، بخلاف ذكر الصرف في الدراهم المفروض اختلافه وكونها ثمناً ، فإن ذلك مانع من صحة البيع ولو مساومة ، للجهالة ، لامن حيث المرابحة فتأمل جيدا بل لعل مرادهم من تعرض لإعتبار ذكر الصرف الاشارة الى ما في الخبر المزبور.

أما الوزن فمع فرض اختلافه لابد من ذكره ، إختلف الصرف أم اتحد لعدم إنحصار الفرض في الصرف ، إذ يكون المراد صوغه حليا و نحوه مما للوزن فيه مدخلية. والله اعلم ﴿و﴾ كيف كان ف ﴿ اذا كان البايع لم يحدث في المبيع حدثا ولا غيره ﴾ عما كان عليه عند البايع ، ولا حصل ذلك من غير المشتري ، بل كان المبيع على الحال التي انتقل اليه فيها ﴿ فالعبارة عن الثمن أن يقول اشتريته بكذا أو رأس ماله كذا أو تقوم علي ، أو هو علي ﴾ أو نحو ذلك من العبارات المفيدة للمطلوب ، ﴿ وإن كان قد عمل فيه ما يقتضي الزيادة ﴾ في قيمته ﴿ قال : رأس ماله كذا ، وعملت فيه بكذا ﴾ ونحوه إشتريته أوتقوم علي أوهي علي ، ضرورة عدم الفرق هنا بين الجميع بعد أن ذكر العمل بعبارة مستقلة.

نعم ظاهر المتن وغيره أنه ليس له تقويم عمله ، وضمّه إلى رأس المال ويعبّر عنه باحدى العبارات المزبورة غير مخبر بحقيقة الحال و هو كذلك ، إذ لاريب في الكذب لو عبّر بالأولين وكذا الأخيرين ، ونحوه لو كان العامل غيره بلا أجرة ، كما أن ظاهر المتن جواز بيعه مرابحة مع ذكره العمل بكذا ، سواء كان أريد من قيمته أولا ، بل هو صريح التذكرة . وقد يشكل بخروجه عن وضع المرابحة الذى يعتبر فيه ذكر مايغرمه البايع على المبيع من حيث التجارة و الفرض عدم الغرامة هنا ، و يندفع بمنع اعتبار الاقتصار على ذلك فيها ، لاطلاق الأدلة الذي لاريب في شموله للفرض الذى هو زيادة في الربح في الحقيقة عند التحليل ، و إن جعله صورة في مقابل العمل ، كماهو واضح .

لكن قد يقال : ثبوت الخيار للمشتري لو أخطاء البايع أو كذب في تقويم عمله، إن أراد بقوله عملت فيه بكذا التقويم ، أما لو أراد الاقتراح فلاخيار ، ولو أطلق احتمل قويا تنزيله على الاول ﴿ و إن كان عمل فيه غيره بأجرة ﴾ مسماة ﴿ صح أن ﴾ يضمّها إلى الثمن من غير إخبار ، لكن ﴿ يقول : تقوّم عليّ أو هو عليّ ﴾ ولايجوز اشتريته ، أما رأس مالي ففي الدروس والمختلف يجوز ، لأنه عبارة عما لزمه عليه، وعن المبسوط لايجوز ، وتبعه في التذكرة وجامع المقاصد ، و الظاهر إختلاف ذلك باختلاف الامكنة والازمنة ، ففي بعضها لاينساق منه إلى الثمن ، وفي آخر يراد منه ما غرمه عليه ، ولو كان العمل بأعيان كالصبغ بأشياء اشتراها بثمن معلوم صح ضمّ ذلك إلى الثمن ، ولو لم يكن قد اشتراها ففي ضم قيمتها مع الاكتفاء بتقوم ، و هو على وجه ، والأولى ذكر ذلك للبايع .

و هكذا له مع التعبير بالعبارتين ضم جميع المؤن التى قصد بالتزامها عرفا الاسترباح من الدلالة ، وأجرة البيت والكيال والحارس والحمّال و القصّار والصبّاغ ، ولو كان قد غبن فيها لم يجب الإخبار بها ، بناء ، على عدم وجوب الاخبار به لو كان بالنسبة

إلى المبيع ، حتى مع علمه بهو إقدامه عليه ، أما لو دفع عنها بعد اشتغال ذمته بأجرة المثل مايزيد على ذلك سماحة ، أو لغرض من الاغراض ، وجب ذكر ذلك للبايع إذا لم يرد الاقتصار على أجرة المثل ، وإلا كان لهضمّها وإن أبرأه منها أو بعضها من كانت له ، و لعل منه مالو صالحه عنها بالأقل ، أما المؤن التي فيها بقاء الملك كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة . ففي القواعد لاتدخل في العبارتين ، ولعله لأن هذا الامور من ضروريات بقائه ، و ليست مقصودة لغرض الاسترباح ، ولأنها في مقابلة خدمة العبد وركوب الدابة ، بخلاف نحو الأقمشة المذخورة للاسترباح فقط ، وقد يشكل بأن جميع ذلك قد لايلتزم إلالغرض الاسترباح.

نعم ربما يفرق بين مايمكن تحصيل مؤنه بالانتفاع بدوما لا يمكن فتعدّ الأولى مؤنة محضة لتحقيق مايقابلها بخلاف الثانية ، وعلى كل حال فالظاهر إن هذا في غير الزايد من العلف والنفقة التي لايقصد بها إلازيادة القيمة كالعلف للسمن ، و زيادة ترفيه العبد بالمأكل والملبس ، لزيادة قوته و بدنه ، فان هذه كغيرها من مؤن الاسترباح له ضمها إلى الثمن مخبرا بالعبارتين ، بل لعل من ذلك أجرة الطبيب إن كان قد اشتراه مريضا ، لزيادة القيمة بزوال المرض ، ولوعرض المرض عنده فأجرة الطبيب كالنفقة ، و المراد من عدم ضم مؤن البقاء إلى الثمن عدم الاكتفاء بالعبارة المزبورة مع ضمّها ، أما لو صرّح فلا يبعد الجواز ، لانحلاله إلى إرادة زيادة ربح و لا مانع منه ، لا أنه لا يجوز البيع مرابحة حينئذ ، لاعتبار الاقتصار على الزيادة على رأس المال ومايغرمه للاسترباح فيها ، إذ يمكن منع اعتبار ذلك فيها ، كما هو مقتضى إطلاق الأدلة ؛ ولو كان من جملة ثمن المبيع عمل قد استاجر عليه البايع غيره صح له ضم مابذله من الاجرة إلى الثمن ، وقال أحد العبارتين ، ولو عمله هو فالأولى ذكر ذلك للمشتري بما يفرض له من القيمة ، حتى لو كان العمل معروف القيمة ، لعدم صدق إحدى العبارات الأربع على مايشمله من دون ذكره.

نعم قد يقوي عدم انحصار الأمر فيها ، فاذا عبّر عن الثمن بما يشمله صح

﴿ ولو اشترى بثمن ﴾ معيباً ﴿ ورجع بأرش عيبه أسقط قدر الارش و أخبر بالباقي ، بأن يقول رأس مالي فيه كذا ﴾ أو تقوم علي ّ أو هو علي ّ، ولا يقول اشتريت به أي الباقي للكذب ، إذا المراد به ما وقع في العقد ، وليس هو الباقي.

نعم لا يبعد عدم جريان تسلط المشتري مرابحة على الخيار بنحو هذا الكذب ، كما أن المتجه تسلطه عليه لو باعه مرابحة مخبراً بالثمن الذي وقع في العقد ، و لم يذكر ما رجع إليه من الارش ، وإن كان صادقاً بقوله إشتريته بكذا ، إلا أنه لما كان ظاهراً في انه دفع ما اشترى به ، وأنه لم يرجع إليه منه شيء و الفرض أنه ليس كذلك ، إتجه تسلطه على الخيار حتى لو أسقط الارش عن البايع بعد أن يثبت استحقاقه له ، بل لا يبعد ذلك أيضاً لو أسقطه قبل تعيّنه له ، كما في حال التخيير بينه و بين الرد ، بل لعله كذلك لو أسقط الخيار الذي هو أحد فرديه ، بل لو صالح البايع المشتري عليه بما هو أنقص منه لو رجع به نفسه ، أمكن القول بوجوب ذكره ، هذا وقد يقال بعدم وجوب الاسقاط عليه اذا لم يرجع وان كان مستحقاً بل لعله هو ظاهر التقييد بالرجوع في المتن ؛ وكأنه لعدم كون الارش مالا يثبت في الذمة ، وإن كان لصاحبه الرجوع به لو أراده ، فمع اسقاطه يسقط الحق ، لا أنه إبراء ، و حينئذ فيتحقق صدق تقوّم ، و عليّ ، واشتريته بكذا فتأمل ، ولو فرض كونه بزائد لم يجب حطّ الزيادة من الثمن في وجه قوي ، كما أنه يقوي فيما لو صالحه عنه بشيء مع الجهل بقدر التفاوت، إسقاط المصالح به من الثمن و الإخبار بالباقي ، و لو لم يتمكن المشتري من إثبات سبق العيب احتمل الإخبار بما عدا الأرش في الواقع ، وبالجميع ، لانه هو الثمن ؛ ولم يعد إليه شيء ولو صولح عن إسقاط الدعوى به ، أمكن احتساب ثمن الصلح خاصة من الثمن ، من ذلك كله ينقدح الوجه في كثير من الفروع المتصورة في المقام.

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ لو جنى العبد ففداه السيد، لم يجز له أن يضم الفدية إلى ثمنه ﴾ مخبراً بإحدى العبارات السابقة بلا خلاف بيننا ولا إشكال ، لانه غرامة

متجددة لامدخلية لها في تقويمه، نعم لا يبعد جواز ضمّها مع التصريح بالحال والبيع مرابحة ، فيكون مرجعه إلى زيادة الربح ، وتمنع صدق المرابحة عليه لامكان دعوى المستفاد من النص و الفتوى أنها تؤدي بالعبارات المزبورة ، بل ربما كان ذكر هم لها للاشارة إلى أن الميزان في تحققها صدق إخذها ، و الفدية ونحوها مما لا تندرج فيها ، ضرورة عدم كونها من مؤن الاتجار ، فاذا ذكرها وأراد مع ذلك البيع مرابحة لم يترتب عليها حكمها ، مع فرض أن فيها أحكاماً خاصة و إن كان البيع صحيحاً في نفسه ، وصورته صورة المرابحة ، و كذا الكلام في نظاير المسألة ﴿ و لو جني عليه فاخذ ا رش الجناية لم يضعها من الثمن، وكذالو حصل منه فائدة كنتاج الدابة وثمرة الشجرة ﴾ و غيرها من النماءات التي لا مدخلية لها في ثمن المبيع بلا خلاف ولااشكال .

نعم لو تعيب شيء من ذلك وجب الاخبار به كما هو واضح ، ﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ يكره نسبة الربح إلى ﴾ أجزاء رأس ﴿ المال ﴾ وفاقا للمشهور بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا ، بل عن الخلاف الاجماع عليه ، بأن يقول بعتك بماءة وربح كل عشرة ، درهم ، ولوقال بعتك بمأة وعشرة، أوو ربح عشرة لم يكن مكروها ،وعلى كل حال فلاحرمة ولا بطلان للاصل ؛ والاطلاقات سيما إطلاق نصوص المرابحة كخبر علي بن سعيد (۱) «سأل عن رجل يبتاع ثوبا فطلب منه مرابحة ترى في بيع المرابحة بأسا إذا صدق في المرابحة ، وسمى ربحاً دانقين أو نصف درهم؟قال : لابأس » خلافا للمحكي عن المقنعة والنهاية والمراسم والتقي والقاضي ففي الاولين لايجوز ،وفي الثالث لايصح ، ولم أجد لهم دليلا صالحا لذلك عدا الصحيح (۲) « الرجل يريد أن يبيع البيع فيقول أبيعك بده دوازده أوده يازده فقال : لا باس به ، إنما هذه المراوضة فاذا

۱ــ الوسائل الباب ۲۱ من ابواب احكام العقود الحديث ۱

۲ــ الوسائل الباب ۱۴ من ابواب احكام العقود الحديث ۵ـ

جمع البيع جعله جملة واحدة» لظهوره في وجوب الجمع المزبور، بان يقول : بعتك هذه السلعة بدوازده أو بازده نحو ما فعله مولانا الباقر عليه السلام فيما روى عنه الصادق عليه السلام في الصحيح(١) «قال: قدم متاع لابي من مصر فصنع طعاماً ودعى له التجار فقالوا نأخذه منك بده دوازده فقال عليه السلام و كم يكون ذلك فقالوا في كل عشرة آلاف ألفين فقال : إني أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألفاً ، » بل عدوله عليه السلام عن إجراء الصيغة بنحو ماذكروه إلى ما ذكره ، ظاهر في المنع.

وفيه أن الصحيح محتمل لارادة التخلص عن الكراهة، على أن الخصم لا يقول بوجوب الجمع جملة واحدة ، فإنه لا بأس كما عرفت ، بافراد رأس المال عن الربح من دون ملاحظة النسبة ؛ فلابد حينئذ من إرادة الرجحان منه ، ويرتفع الاستدلال في وجه، وفعل الباقر عليه السلام يمكن أن يكون فرارا من أصل المرابحة إلى المساومة التي هي أفضل، كما يؤمي إليه تتمة الصحيح المزبور على ما عن الكافي(٢)«فقال ، لهم إني أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألف درهم فباعهم مساومة ،» بل في الصحيح أو الموثق كالصحيح (٣) « إني أكره بيع عشرة باحدى عشرة وعشرة باثني عشر أو نحو ذلك من البيع ، ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة » ما يقضي بكراهة المرابحة مطلقا وإن لم أجد قائلا به.

نعم في الرياض «قد ذكر بعض الأجلة أن الظاهر من المعتبرة هنا كراهة المرابحة وأولوية المساومة لا الكراهة ، في موضوع المسألة ، قال : وهو كذلك لولا المخالفة لفهم الطائفة، وعلى كل حال فلا دلالة في عدوله عليه السلام على الحرمة قطعاً ، فيبقى حينئذ ما دل على الجواز بلا معارض ، مضافا إلى الصحيح او الموثق المزبور، المشتمل على لفظ الكراهة؛ وعمومه لغير موضوع المسألة لو قلنا باختصاصه بها غير قادح ، كما أن احتمال إرادة الحرمة من لفظ الكراهة بناء على عدم تعارفها في الصدر الاول بالمعنى المصطلح ـ يدفعه بعد التسليم ـ ترجيح إرادته هنا بالشهرة ، والاجماع المحكي وغيرهما ، وكذا الكلام في الخبر الآخر(٤) أكره بيع ده يازده وده دوازده ، ولكن أبيعك بكذا وكذا وكيف

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب احكام العقود الحديث ـ ١

(٢ـ٣ـ٤) الوسائل الباب ١٤ من ابواب احكام العقود الحديث ١ ـ ٢ ـ ٢

كان فلا ريب في عدم الحرمة والبطلان ، كما أنه لاريب في الكراهة بعد التسامح فيها للاجماع المحكي وغيره ، إن قصرناها على خصوص موضوع المسألة ، وإلا فمطلق للخبرين السابقين ، والله اعلم . هذا وربما جعل مدار الكراهة على نسبة الربح للمال في مقابلة نسبته الى السلعة على معنى عدمها لو قال بعتك بكذا مع ربح للمبيع ده دوازده ولكن الالصق بالنصوص ماذكرناه والله اعلم . هذا كله في العبارة .

﴿ وأما الحكم ففيه مسائل ﴾

قد تقدم البحث في ﴿الاولى﴾ منها وهي ﴿من باع غيره متاعاً جاز أن يشتريه منه بزيادة أو نقيصة حالا ومؤجلا بعد قبضه ، ويكره قبل قبضه إذا كان مما يكال أو يوزن على الاظهر، ﴾ وكان المصنف أعادها كالفاضل في القواعد ، لبناء مابعدها عليها ، إلا أنه كماترى ، لامدخلية لهافيه أصلا ﴿ولو كان شرط في حال البيع أن يبيعه لم يجز ﴾ كما سمعت الكلام فيه مفصلا ﴿ وإن كان ذلك من قصدهما ولم يشترطه لفظا كره ﴾ كما في القواعد والتحرير والارشاد والتذكرة ؛ وإن قلنا أن الشرط المضمر كالموجود إلا أنه يمكن تخصيص ذلك بالجائز منه ، لكن فيه منع واضح ، ضرورة إتحادهما في المقتضي ، فيتجه حينئذ بطلان العقد مع قصد هما الاشتراط ، وبناؤهما العقد عليه ؛ وإن لم يذكراه لفظا بناء على فساد العقد بفساد الشرط.

نعم لو لم يكن قصدا الاشتراط بل عزما على التعاكس واستوثق أحدهما من الاخر صح على كراهة عند بعضهم ، وإن كان الدليل عليها لولا التسامح لايخلو من إشكال ، والامر سهل ، بعد أن كان الحكم الصحة ، ولا يرد أن مخالفة القصد للفظ تقتضي بطلان العقد ، لان العقود تتبع القصود ، لان من المعلوم عدم اعتبار مثل هذا العزم في العقد ، ضرورة كون العزم فعله خارج العقد ، لكن في المسالك «وأجيب بأن القصد وإن كان معتبرا في الصحة فلا يعتبر في البطلان ؛ لتوقف البطلان على اللفظ

والقصد، وكذلك الصحّة ولم توجد في الفرض » وهو كما ترى غير مستقيم ، بل ليس له محصل يعتد به ، و التحقيق ما سمعت ، ولعل في عبارة المجيب سقطا قبل قوله لتوقف البطلان ، وهو بخلاف المقام ، وحينئذ يكون الفرق بين اعتبار القصد في صحّة العقود الذي يكفي في البطلان عدمه ، كما في النايم وغيره بخلاف المقام ، وهو الشرط المعتبر في شرطيته القصد و اللفظ سواء كان صحيحاً أو مبطلا للعقد ، فإن شرطيته متوقفة على ذلك ، ومنه يظهر عدم توجه ما أورده في المسالك عليه ، فلاحظ وتامل .

﴿إذا عرفت هذا فلو باع غلامه﴾ الحرّ ﴿سلعة ثم اشتراها منه بزيادة جاز أن يخبر بالثمن الثاني إذا لم يكن شرط إعادته﴾ من غير تقييد لها بالبيع ﴿ولو شرط﴾ ها فباعها منه بزيادة للاخبار بها ﴿لم يجز﴾ قطعاً بل لاخلاف أجده فيه ﴿لأنه خيانة﴾ عرفا، إذ المشتري لم يترك المماكسة ، إلا إعتمادا على مماكسته لنفسه ، وثوقا باستقصائه في النقيصة لنفسه ، فكان ذلك خيانة ؛ بل لايبعد ذلك أيضاً وإن لم يشترطه ، بل كان القصد الشراء بالزيادة للاخبار بها وفاقاً للشهيدين والعليين على ماحكي عن بعضهم إذ هو غش وخديعة وتدليس وخيانة عرفا ، والصدق في قوله إشتريت قد لاينا في ذلك ؛ بل قد يدعى انصراف الشراء في الفرض إلى غير ذلك.

وفي المسالك « إن قوله ولو شرط لم يجز لأنه خيانة يقتضي التحريم مع عدم الشرط ، إذا كان قصدهما ذلك ؛ لتحقق الخيانة، ومجرّد عدم لزوم بيعه عليه على تقدير عدم شرطه لايرفع الخيانة مع اتفاقهما عليها بل ينبغي فرض التحريم في صورة عدم شرط الاعادة ، لأن التحريم لايتحقق إلا مع صحة البيع ، ليمكن فرض الزيادة ، و مع شرط الاعادة يقع البيع باطلا ، كما سلف عن قريب ، فلا يتحقق الزيادة ولا التحريم» قلت : قد يدفعه ما سمعته منّا في تفسير العبارة ، ولاحاجة إلى قوله في الجواب عنه و ، يمكن أن يقال بالتحريم وإن قلنا بفساد العقد نظرا إلى قصد الغرور والسعي إلى تحصيل المحرم، كما يقال في النجش والربّا أنه حرام ، يفسد العقد مع أنه قد يخدش بأن المراد

لم يجز الاخبار بالثمن الثاني ، ومع فرض كون البيع فاسداً بالشرط لاثمن حتى يخبر عنه فتامل جيداً. هذا كله مع قصد الحيلة بالشراء بالزيادة ، فلواشتراه منه ابتداء من غير مواطاة جاز ، ولا فرق في تحريم الحيلة بين الغلام و الولد والأجنبي والله اعلم .

المسألة ﴿الثانية لو باع مرابحة فبان رأس ماله أقل ﴾ بالاقرار أوالبيّنة صح البيع بلاخلاف على الظاهر ، للأصل والاطلاقات ، ضرورة أولويته من تخلف الوصف والشرط والجملة ، بل الظاهر ذلك إن لم يكن له رأس مال أصلا ، فضلاعن كونه أقل نعم لأجل الكذب في الإخبار ﴿ كان المشتري بالخيار بين ردّه وأخذه بالثمن ﴾ المسمى في العقد ، ولاتعليق للرضاوالقصد ولاالصحة على الصدق في الاخبار قطعاً بل هوأشبه شيء بالداعي إلى قصدما اتفقاعليه، بل لولا الاجماع على الخيار في الظاهر هنا لامكن المناقشة فيه كما في غير المقام مماكان الداعي فيه الكذب بنحو ذلك ، مما لايرجع إلى العيب ولاإلى التدليس الذى هو بمعنى كتمان صفة وإظهار أحسن منها، ودعوى أن المراد عندهم بالتدليس مايشمل المقام لوسلمت لاتجدى، لعدم تعليق الخيار عليه في شيء من النصوص كي يدور الحكم عليه ، بل دليله فحوى نصوص التصرية و نحوها، وأما خبر الضرار (١) و قاعدة رجوع المغرور على من غرّه ، ونحوه فمع احتياج ثبوت الخيار به أيضاً إلى الانجبار، قد يمنع تناوله للمقام ، باعتبار ظهور قاعدة الغرور في الضمان ، وخبر الضرار في العقد الضرري ، لافي مثل المقام الذى ضرره نشأ من اعتماده على خبره، ولا يبعد ثبوت الخيار في الكذب بكل ما يختلف الثمن به؛ بل الظاهر ثبوته بعدم الإخبار بما يختلف الثمن به فضلا عن الكذب لما عرفت .

وعلى كل حال فما عن الاردبيلي من التامل في الصحة في غير محله ، كما أن

---

(١) الوسائل الباب ـ ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣ ـ ٥

التامل في ثبوت الخيار له كذلك أيضا ، وكذا الكلام لو بان غلطه في الاخبار ، إلا أنه لاإثم عليه ، وقد ظهر لك مماذكرنا أن الخيار في مفروض المسألة للاجماع ، و إلا فليس هومندرجاً في أحد الخيرات السابقة ، مع فرض عدم إتحاد بيع المرابحة لصورة تخلف الوصف أوالشرط ، ودعوى أنها لاتكون إلاكذلك ممنوعة ،فإنه يمكن فرضها مجردة عن ذلك ، وإن كان الداعي للمشتري إخبار البايع برأس المال مع إرادة ربح كذا وحينئذ يكون هذا الداعي من بين الدواعي مسلطاً على الخيار ، للاجماع ونحوه . ﴿ وقيل ﴾ والقائل ابوعلي فيما حكي عنه والشيخ ان المشترى ﴿ ياخذه ﴾ أي المبيع ﴿ باسقاط الزيادة ﴾ من الثمن مع ربحها ، إلاأن المحكي من خلاف الشيخ في مبسوطه وخلافه النص على ذلك في صورة الغلط ، ولعله لافرق بينها وبين الكذب ، كما أنه لافرق في ثبوت ذلك بين الاقرار و البينة ، لكن في محكيّ المبسوط أنه قيل: إن بان ذلك أي الغلط بقول البايع لزم المشتري الثمن باسقاط الزيادة وربحها ، وإن قامت به البينة كان المشتري بالخيار.

وكيف كان فلادليل على شيء من ذلك إذ البيع إنما هو برأس المال الذى أخبر به ، لابما هو في نفس الامر ، و منه يعلم الاستدلال على التفصيل بأنه إن أقرّ كان مأمونا بخلاف ماإذا قامت به البينة،فلا ريب في أن الترجيح لما ذكرنا،خصوصاً بعد عدم مايصلح ملزما للثمن الناقص، اذالعقد الواقع انكان صحيحاً لزم ما فيه و إلابطل مطلقا،وعلى كل حال فلاخيار للبايع عندناكما عن التحرير،للأصل وقديحتمل للضرر في بعض الاحوال؛ كما أن الظاهر عدم الخيار للمشترى على قول المبسوط، لارتفاع مقتضية باسقاط الزيادة مع ربحها،ولانه رضي بالاكثر فبالأ قل أولى لكن احتمل في مسالك ثبوته لهايضاً بالخيانة،ولانه قديكون لهغرض بالشراء بهذا الثمن لابرار قسم أو إنفاذ وصية وهوكما ترى، نعم يمكن ان يكون ذلك مؤيداً للمختار ضرورة عدم ارتفاع الضرر الناشيء عن الكذب حينئذ باسقاطه الزيادة فتامل،

جيداً، هذا وفي القواعد «وهل يسقط الخيار بالتلف فيه نظر» وعن المبسوط اسقاطه به و بالتصرف، وعن الشهيد انه حكاه عن ابن المتوج، لان الرد انما يتحقق مع بقاء العين، ولحصول الضرر على البايع بالانتقال الى البدل قهرا لكن قوى ثاني المحققين والشهيدين عدم السقوط لحصول المقتضي وانتفاء المانع، إذ ليس الا التلف ولا يصلح للمانعية، اذ مع الفسخ يثبت المثل أو القيمة، ولعموم المغرور يرجع على من غرّه، والكذب في الاخبار مقتض للخيار ولم يثبت اشتراطه بالعلم بذلك قبل تلف المبيع، فمع التلف وانتقاله عن ملكه انتقالا لازماً أو وجود مانع من ردّه كالاستيلاد، يردّ على البايع مثله أو قيمته، ويأخذ هو الثمن أو عوضه مع فقده، وقد تقدّم في خيار الغبن وغيره ماله نفع في المقام فلاحظ و تأمل،

﴿ولو قال﴾ البايع بعد البيع ﴿اشتريته باكثر لم يقبل منه﴾ إذا لم يعلم صدقه ﴿ولو أقام بينة﴾ لانه قد كذّبهما باقراره ﴿و﴾ حينئذ ﴿لا يتوجه﴾ له ﴿على المبتاع يمين﴾ لعدم سماع دعواه بعد معارضة اقراره السابق لها ﴿الا أن يدعي عليه العلم﴾ فتقبل حينئذ بينته ويتوجه له عليه اليمين على عدم العلم لعدم منافاة اقراره السابق لها، بل لو ردّ اليمين عليه كان له الحلف، سواء قلنا ان اليمين المردودة كالبينة أو كالاقرار من المنكر، لانهما معاً هنا مسموعان اما الثاني فواضح؛ واما الاول فلما عرفت من أن دعواه العلم لاتنافي كذبه باقراره السابق، واولى من ذلك لو قلنا انها أصل برأسه، فما عن بعضهم من ان في ردّ المشتري اليمين على البايع هنا وجهين يلتفتان الى انها كالبينة، أو كاقرار المنكر؛ فعلى الثاني تردّ و على الأول لا تردّ لايخلو من نظر ، بل قد يناقش في اطلاق عدم سماع بينته في الاول ايضاً اذا أظهر لاقراره الاول تاويلا محتملا، مثل أن يقول ماكنت اشتريته بل اشتراه وكيلي واخبرني أن الثمن ماءة فبان خلافه؛ اوورد علي كتابه فبان مزورا أو كنت راجعت جريدتي فغلطت من متاع الى غيره .

ضرورة رجحان البيّنة حينئذ على الاقرار الأول بعد فرض ذكر التاويل المزبور

له ولعله لذا قيد السماع بذلك جماعة منهم الفاضل في جملة من كتبه، والمحقق الثاني وغيرهم، بل قد يقال برجحانها أيضاً وأن لم يذكر التاويل المزبور بل احتماله له ــ اف في مرجوحيته بالنسبة الى البينة، لقوة البينة وانها بمنزلة العلم بخطأه فلا يصلح الاقرار السابق لمعارضتها بعد تعقيبه بما يقضي بخطاه فتأمل جيداً.

ومن هـا بان لك أن ماعن المبسوط من قوة عدم سماع البينة وان ذكر تاويلاً محتملاً لايخلو من نظر، كما أن اطلاق المصنف والفاضل في بعض كتبه عدم السماع لذلك وكيف كان فاذا علم غلطه بأي طريق كان له الخيار بين الفسخ والأمضاء بالمسمى، وربما تخرج على قول الشيخ اسافة الزيادة مع ربحها، ولو كان قد تبين كذبه وأنه تعمد الى ذكر النقصان فلايبعد عدم الخيار له لانه هو الذي قد ضيّع ماله فتامل جيداً

هذا وفي التحرير في نحو مفروض المسألة تخير المشترى بين الاخذ بالزيادة على إشكال والفسخ، ولو قيل أن الزيادة لاتلحق بالعقد فيتخير البايع كان وجها، وهل يلزمه مع القبول نصيب الزيادة من الربح الوجه ذلك اذا نسب الربح الى الثمن، مثل أن يقول بربح كلّ عشرة درهم، ولو قال بربح عشرة لاغير لم يثبت، ولو اخذها بالزائد ونصيبه من الربح لم يكن للبايع خيار، وكذا لو اسقط الزيادة عن المشتري انتهى، وفيه نظر من وجوه والله اعلم.

المسألة ﴿الثالثة اذا حط البايع بعض الثمن جاز للمشتري ان يخبر بالاصل﴾ لعدم الخيانة فيه اذا كان ذلك تفضلا منه. لا لدعوى عيب اوغبن أو نحوهما، من غير فرق في ذلك بين كونه في زمن الخيار وعدمه. للصدق في الاخبار على الحالين ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه وابن زهرة في ظاهر الغنية أو صريحها ﴿إذا كان﴾ الحط ﴿قبل لزوم العقد صحت﴾ الحطيطة ﴿وألحق بالثمن واخبر بما بقي وان كان بعد لزومه كانت هبة مجددة وجاز الاخبار باصل الثمن﴾ قيل وكانه مبني على ان المبيع انما ينتقل بانقضاء مدة الخيار

وفيه أنه لامدخلية لذلك اذ الثمن ماوقع عليه العقد ولا اثر لوقت انتقال الملك، بل الظاهر عدم الفرق في الاخبار بين رأس مالي أواشتريت أو قام علي أو هو علي أو نحو

ذلك نعم لیس له أن یقول أدیت أو نحوه وربما احتمل ذلك أیضاً فی قام علی ونحوه والله اعلم.
المسئلة ﴿الرابعة من اشتری أمتعة صفقة لم یجز بیع بعضها مرابحة﴾ بل ومواضعة وتولیة ﴿تماثلت أو اختلفت وسواء قوّمها أو بسط الثمن علیها بالسویة﴾ بلا تقویم ﴿و﴾ سواء ﴿باع خیارها﴾ بالاقل أولا ﴿الا بعد أن یخبر بذلك وكذا﴾ فی عدم الجواز ﴿لو اشتری دابة﴾ مثلا ﴿حاملا فولدت وأراد بیعها منفردة عن الولد﴾ كل ذلك علی المشهور شهرة عظیمة كادت تكون اجماعاً، بل عن الخلاف الاجماع علیه بل یمكن تحصیله فی مختلفه بل وفی غیرها إذ لم یحك الخلاف فیها الا من الاسكافی والقاضی فجوّزاه فیما لا تفاضل فیه كالمعدود المتساوی وهما غیر قادحین فی الإجماع، بمعنی القطع بالحكم المخالف لما ذكراه خصوصاً بعد تفاوت القیم والاغراض وكون التوزیع لثمن خرص وتخمین یتطرق الیه الخطأ غالباً وخصوصاً بعد أن سأل ابو حمزة أبا جعفر علیه السلام (۱) «عن الرّجل یشتری المتاع جمیعاً بالثمن ثم یتقوم كل ثوب بما یسوی حتی یقع علی رأس المال جمیعاً أیبیعه مرابحة فقال له: لا حتی یبین له أنه انما قوّمه» ونحوه صحیح محمد بن مسلم (۲) عن أحدهما علیهما السلام

نعم ظاهرهما جواز البیع مرابحة اذا اخبر بذلك كما هو مقتضی قوله فی المتن الا بعد أن یخبر بذلك، بل واكثر عبارات الاصحاب، بل زاد فی التذكرة بعد أن حكی خلاف الشافعی فی انه یجوز البیع مرابحة بالتقسیط وان لم یخبر به ،قال: اما لو اخبر بالحال فقال اشتریت المجموع بكذا، وقوّمته مع نفسی فاصاب هذه القطعة من الثمن كذا فانه یجوز اجماعاً لكن عن ابن ادریس انه حكی الاستثناء المزبور الظاهر فی جواز البیع مرابحة بعد الاخبار، واعترضه بانه لیس بیع المرابحة لان وضعه فی الشرع ان یخبر بالثمن الذی اشتری وهذا لیس كذلك.

وردّه فی المختلف «بان» هذه المنازعة لفظیة كما قال فی النافع انه لو اخبر جاز لكن یخرج عن وضع المرابحة» وفی جامع المقاصد والمسالك وغیرهما ان اطلاق المرابحة علیها مجاز للمشاكلة فی الصورة. قلت قد یناقش فی ذلك بمنع حصر المرابحة

(۱-۲) الوسائل الباب ۲۱ من ابواب احكام العقود الحدیث ۵-۱

فيما لا يدخل فيه التقويم، ضرورة صدق اسم رأس المال والقيام عليه به ونحوهما. نعم لا يصدق اشتريته ونحوه عليه، وقد تقدّم صحة المرابحة فيما لو عمل فيه عمل قد ذكره بكذا وفيما لو رجع بارش العيب، كما أن من الواضح صحتها فيما لو تلف بعض الصّفقة قبل القبض، ورجع بحصّته من الثمن ورضي بالبيع في الباقي، وفيما اذا ظهر مستحقا، وفي التذكرة «لو اشترى عبداً بثوب قيمته عشرون واراد بيعه مرابحة بلفظ الشراء أو بلفظ القيام، ذكر انه اشتراه بثوب قيمته كذا ولا يقتصر على ذكر القيمة، لان البايع بالثوب يشدد أكثر مما يشدد البايع بالنّقد ولو كان قد اشترى الثوب بعشرين ثم اشترى به العبد، جاز أن يقول قام على بعشرين، ولا يقول اشتريته بعشرين، بل قال فيها ايضاً «لو انتقل اليه بغير عوض كالهبة لم يجز بيعه مرابحة، سواء قوّمها بثمن مساو أو أزيد أو أنقص الا أن يبيّن الحال في ذلك، ولا يكفي بيان قدر القيمة من غير تعريف الحال» الى أن قال «ولو آجر داره بعبد أو نكحت المرأة رجلا على عبد أو خالع زوجته عليه، أو صالح عن الدم عليه لم يجز بيع العبد مرابحة بلفظ الشراء، ولو اخبر بالحال جاز بما قام عليّ و يذكر في الاجارة مثل اجرة مثل الدار، وفي النكاح والخلع مهر المثل، وفي الصلح عن الدم الدية ومقتضاه التوسعة في المرابحة بازيد من محل البحث وإن كان لا يخلو من نظر.

وفي القواعد «لو اشتريا ثوبا بعشرين ثم اشترى أحدهما نصيب صاحبه باحد عشر اخبر باحد وعشرين» قلت مع أن نصيبه كان بعشرة بالتقسيط الى غير ذلك مما لا إشكال في جواز البيع مرابحة مع التقويم والتقسيط، ومنه مالو تعدد المشترى والمبيع واتحد الثمن، بل في جملة من النصوص ظهور إن لم يكن تصريح بجواز البيع مرابحة مع التقويم، مضافا الى النصوص السابقة، وكيف كان فحيث لا تجوز المرابحة لو باعا بقصدها ولو للجهل منهما أو من أحدهما ، أمكن القول بالصحة بيعا للاصل، وخروج وصف المرابحة عن حقيقة البيع، وقد يحتمل البطلان لانها صنف خاص منه ، ولتبعية العقود للقصود،

فلو صح غيرها وقع مالم يقصد، وما قصد لم يقع، والأول أقوى. وربما يشهد لهما سمعته هنا من الجواز ممن عرفت لو اخبر بالحال وان لم يكن مرابحة مما ظاهره ذلك، و ان قصد المتعاملان المرابحة ولو للجهل منهما بموضوعهما، بل منه يظهر الوجه فيما ذكرناه سابقاً من ثبوت الخيار لو كذب البايع في رأس المال إذا لم يكن له رأس مال بل كان موروثا أو متهباً، ضرورة ابتنائه على صحة البيع، و ربما انقدح منه ثبوت الخيار في كل ما فعل بعنوان المرابحة فبان عدم موضوعها، إذ لعل له غرضاً بذلك كوفاء نذر أو انفاذ وصية ونحو ذلك فتأمل جيداً والله اعلم.

المسألة ﴿الخامسة اذا قوّم﴾ التاجر ﴿على الدلال متاعاً﴾ وربح عليه أو لم يربح ولم يواجبه البيع لم يجز للدلال بيعه مرابحة﴾ على ماقوّم عليه بلاخلاف أجده فيه، لأن الغرض عدم الشراء، ولمارواه في الكافي عن الكناني والفقيه عنه و عن سماعة و التهذيب عن الكناني وعمرو بن عيسى عن سماعة(١)عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يحمل المتاع لاهل السوق وقدقوّموا عليه قيمة فيقولون بع فما ازددت فلك؟ قال: لابأس بذلك، ولكن لايبيعهم مرابحة» و نحوه ذلك صحيح زرارة(٢) الاتي، وحينئذ فان فعل كان آثما، بل يمكن فساد بيعه ﴿الا بعد الاخبار بالصورة﴾ قبل البيع، فانه يصح بعد حينئذ وإن لم يكن مرابحة حقيقة، لعدم الشراء من البايع، إلا انها بصورة المرابحة، لكن لا يبعد جريان الخيار فيها لو فرض كذب الدلال فيما ذكره من التقويم الذى هو بمنزلة رأس المال، لنحو ما عرفت ﴿و﴾ على كل حال ﴿لا يجب على التاجر الوفاء﴾ لو قال له بعه بذلك و الزائد لك، للاصل اذ ليس هو إلا وعداً، ولا يجب الوفاء به، ضرورة فساد كونه إجارة وجعالة للجهالة، وعدم ملك الزيادة حال القول، ولانها ببيع الدلال انتقلت إلى التاجر باعتبار كونها عوض ملكه، ولامقتضي للانتقال عنه إلا القول الاول الذى لم يثبت كونه ناقلا لمثلها، كما انه لم يثبت كونه مقتضياً لانتقالها إلى الدلال من أول الامر بل الثابت من قاعدة تبعية ملك الثمن للمثمن خلافه، فلاشيء حينئذ للدلال ﴿بل الربح﴾ جميعه ﴿له﴾ اي

---

(١) الوسائل الباب ١٠ - من ابواب احكام العيوب الحديث -٣-

(٢) الوسائل الباب ١٠ من ابواب احكام العقود الحديث -٢ لكن ليس فيه ولكن لا يبيعهم مرابحة

التاجر ﴿و﴾ لكن ﴿للدلال أجرة المثل﴾ لاحترام عمله ﴿سواء كان التاجر دعاه﴾ الى البيع المزبور ﴿أو الدلال ابتداء﴾ لاشتراكهما في جميع ما ذكرناكما هو واضح

لكن في المقنعة «واذا قوّم على الواسطة المتاع بدراهم معلومة، ثم قال له: بعه بما تيسّر لك فوق هذه القيمة وهو لك، والقيمة لي جاز، ولم يكن بين التاجر والواسطة بيع مقطوع فان باعه بدونها، كان عليه تمام القيمة لصاحبه وان لم يبعه كان له ردّه ولم يكن للتاجر الامتناع من قبوله، ولو هلك المتاع في يد الواسطة، من غير تفريط له فيه كان من مال التاجر ولم يكن على الواسطة فيه ضمان، فان قبض الواسطة من التاجر المتاع على ما وصفناه، لم يجز ان يبيعه مرابحة ولا يذكر الفضل على القيمة في الشراء.

واذا قال الواسطة للتاجر خبّرني بثمن هذا المتاع واربح علي فيه شيأ لا بيعه ففعل التاجر ذلك وباعه الواسطة بزيادة على رأس المال و الربح كان ذلك للتاجر دون الواسطة، إلا أن يضمنه الواسطة ويوجبه على نفسه، فان فعل ذلك جاز له اخذ الفضل على الربح، ولم يكن للتاجر إلا ما تقرر بينه وبينه فيه» ونحو ذلك في النهاية إلا أنه قال: «في الصورة الثانية للدلال أجرة المثل لا أكثر من ذلك» وكان نظرهما إلى الخبر المزبور، وصحيح محمد بن مسلم(١) المروي عن الكافي والتهذيب عن الصادق عليه السلام «أنه قال في رجل قال لرجل: بع لي ثوباً لي بعشرة فما فضل فهو لك ليس به باس» وصحيح زرارة (٢) المروي عن الكتب الثلاثة قلت لابي عبدالله عليه السلام ما تقول في رجل يعطي المتاع فيقول: ما ازددت علي كذا وكذا فهو لك؟ فقال: لا باس بذلك، ولكن لا يبيعه مرابحة» وموثقته (٣) عن ابي جعفر عليه السلام سألته من الرجل يعطى المتاع فيقال له ما ازددت علي كذا و كذا فهو لك قال لا باس»

لكن عن ابن ادريس بعد أن حكى ذلك عن الشيخ قال: إنه غير واضح وأنه لا يستقيم على أصول مذهبنا، إذ هو ليس بيع مرابحة ولا إجارة ولا جعالة محققة» الى أن قال: «وانّما أورد أخبار الاحاد في هذا الكتاب إيرادا لا اعتقاد اعلى ما وردت به الفاظها صحيحة كانت أو

(١و٢و٣) الوسائل الباب ١٠ من ابواب احكام العقود الحديث ١-٢-٤

فاسدة على ما ذكره واعتذر بدفي خطبة مبسوطه، ورده في المختلف بأن كلام الشيخ محمول على الجعالة على التقدير الاوّل. لكن يبقى الاشكال في الجعالة إذا ضمنت عوضاً مجهولا، ويحتمل أن يقال هنا بالصّحة، لانا إنّما منعنا جهالة مال الجعالة لادائه إلى التنازع و هو منتف هنا، إذ الواسطة إن زاد في الثمن مهما كانت الزيّادة له، وإلا فلا شيء له، لأنهما إنّما تراضيا على ذلك، بخلاف الجعالة المجهولة المؤدية إلى التنازع، وهذا القول لا باس به عملا بالاحاديث الصحيحة، أمّا الصورة الثانية، فانه لا جعالة هناك فلهذا أوجبنا على التاجر أجرة المثل، وتبعه في الدرّوس قال بعد أن حكى عن الشيخين أن الزيّادة للدلال إذا قوم التاجر عليه: «ولو بدء الدلال بطلب التقويم، فله الاجرة لا غير، وسوّى الحلّيون بين الامرين في الاجرة، والاول اثبت، لانه جعالة مشروعة، وجهالة العوض غير ضائرة، لعدم افضائه إلى التنازع، وروى ابن راشد(١) «في من اشترى جوارى وجعل للبايع نصف ربحها بعد تقويمها أنه يجوز، فان أحبل المالك احديهما سقط حق البايع»

ونحوه في جامع المقاصد الا انه زيد فيه «عدم شيء للدلال على التاجر إذا لم يشترط له شيئاً فينبغي أن لا يكون له أجرة المثل أيضاً لمثل ذلك» ثم قال «إن ظاهر العبارة قد يشعر بتخيل فرق بين أن يبتدأ الدلال التاجر، وان يبتدىء التاجر الدلال، وبه صرح في الدّروس وهو غير واضح، فان الابتداء وعدمه مع حصول التراضي سواء في الحكم، فان من قال لمن ذهب عبده أردّ عبدك، على أن لي نصفه ابتداء منه، فقال مولى العبد نعم لك ذلك. يستحق ما عين له، إن جوزنا كون العوض مجهولاً، وأجرة المثل إن لم نجوزه فلا يفترقان.

والظاهر أن الشيخ إنّما حكم بعدم شيء في الثانية، لان التاجر لم يلتزم بشيء أصلا، ولا يستحق الدلال اجرة عليه، والروايات لا دلالة فيها على الفرق بين الابتداء اولاً والرّضا اخراً، والذى يقتضيه النظر أنهما إذا تراضياً على ذلك سواء تقدم بالقول الدلال أم التاجر، اذا وقع ما يدل على الرّضا من الاخر فانه يكون جعالة، فيصحّ، ولو أبطلنا أوجبنا أجرة المثل في الموضعين، ولو ان التاجر لم يصرح بشيء لم يكن للدلال شيء إلا أن يامره

(١) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب بيع الحيوان الحديث ٦

بذلك ويكون له بحسب العادة على مثل هذا اجرة».

وتبعه في كثير من ذلك في المسالك، وفي الجميع ما عرفت من عدم صحة الجعالة فضلا عن الاجارة. لعدم شمول الربح للمالك حين الجعل، والمضاربة شرعت لدليلها، مع أن العامل يملك جزاء، من المال بظهور الربح فيه، بل لو جاز في الجعالة نحو ذلك لكانت المضاربة قسماً منها على أنه ليس في الجعالة عموم يشمل الفرض بناء على انها ليس من العقود كي تندرج في عمومها؛ اذا قلنا انها عبارة عن الايجاب والقبول، لما ستعرفه في محله إنشاء الله من قوة القول بان الجعالة من قسم الايقاع، و المتيقن مما جاء فيها كتابا وسنة كون الجعل معلوماً كانت أو خارجاً، بل هو المناسب لانشاء تمليكه، وإن كان لا يملكه إلا بعد تمام العمل، و حينئذ فلا فرق في عدم جواز الربح جعلا بين كونه لعمل آخر كردعبد و نحوه و بين كونه لذلك العمل نفسه كما لو قال بعه بالزيادة وهي لك و غير ذلك

وما تسمعه انشاء الله في باب الجعالة من التوسعة فيها انما هي في امر اخر لا ما يشمل المقام فلاحظ وتامل بل الالتزام بمضمون النصوص المزبورة وإن كان مخالفا للقواعد اولى من ذلك وينبغي حينئذ الجمود على ما فيهما من ابتداء التاجر الدلال أما العكس فلا دلالة في النصوص حينئذ؛ فيبقى على القواعد من استحقاق اجرة المثل و لعله لذلك فرق الشيخان فيهما وان أبيت من ذلك فحمل النصوص حينئذ وكلام الشيخين على توكيل التاجر الدلال على قبول المتاع بما فرضه من القيمة على نفسه عند ارادة البيع فيكون بيع المتاع حينئذ له والزيادة له أولى، فهو أشبه شيء بقول المالك أذنت لك ببيع مالي لك وعليك قيمته فاذا باعه تعلقت قيمته، في ذمته بل في عبارتي المقنعة والنهاية ما يشهد له .

ولا فرق في ذلك بين ابتداء التاجر بذلك أو الدلال، وليس في كلام الشيخين ظهور في الفرق المزبور الذي لا يكاد يحصل له وجه معتد به كما اوضحه فيما سمعته من جامع المقاصد. نعم الظاهر ان منشاء الفرق فيما ذكره من الصورتين عدم تعرض الدلال والتاجر للزيادة، وانما طلب الدلال الاخبار بالثمن ومقدار الربح كي اذا باعه به فصاعداً يستحق

أجرة عمله، ولا يكون للتاجر طريق عليه بانك لم تبعه على ما أريد، ومن هنا صرح الشيخ في هذه الصورة بالرجوع باجرة المثل كما سمعت، وبذلك يظهر لك وجه النظر فيما سمعته من جامع المقاصد وبعض من تاخر عنه، كما انه لا يخفى عليك مما ذكرنا ان الاقوى ماذكره المصنّف والفاضل في جملة من كتبه من وجوب أجرة المثل في مفروض المسألة لما عرفت من بطلان ذلك اجارة وجعالة، والنصوص وان كثرت وصح جملة منها وتعاضدت إلا ان اعراض المعظم عنها مع ذكرهم لها يذهب الوثوق بها والعامل بها يظن أنها جعالة ليس عملا بها حقيقة، بل هو توهم أن مفروضها كذلك، وقد عرفت فساده، بل لعلّ الشيخين بعد ما عرفت من عدم فرقهما بين ابتداء التاجر والدّلال لذلك أيضاً، بل هي أجمع غير صريحة في لزوم ذلك، بل ولا ظاهرة ظهوراً يعتدّ به، إذ من المحتمل كون المراد نفى الباس عما وقع بينهما مستمر اعليه التراضي منهما، نحو نفي الباس في صحيح عبد الرحمن (١) «سألت أباعبدالله عليه السلام عن السمسار يشتري بالأجر فندفع إليه الورق و نشترط عليه إنك إن تاتي بما تشترى فما شئت أخذته، وما شئت تركته، فيذهب ويشتري ويأتي بالمتاع فيقول خذ ما رضيت، ودع ما كرهت قال: لا بأس» والله العالم.

«واما التولية»

التي قد تضمنتها جملة من النصوص كصحيح منصور بن حازم (٢) وخبر علي بن جعفر (٣) وخبر معاوية بن وهب (٤) وخبر سماعة (٥) وخبر أبي بصير (٦) وغيرها

---

(١) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب أحكام العقود الحديث -٢-

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام العقود الحديث ١-١٢

(٣-٤-٥-٦) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام العقود الحديث ٩-١١-١٥-١٦

وكثير من عبارات الأصحاب كالشيخ وغيره، ﴿فهي أن يعطيه المتاع برأس ماله من غير زيادة﴾ وقد يقوى جريان جميع ما سمعته في المرابحة مما يدخل قيمته في رأس المال من الأعمال وغيرها، لكن في التذكرة «لابد من كون الثمن مثلياً ليأخذ المولي مثل ما بذله، فلو اشتراه بعرض لم تجز التولية، مع أنه؛ قد ذكر جواز نحو ذلك في المرابحة، وفيه أنه لاريب في جوازه إذا انتقل ذلك العرض الى من يراد توليته كما أنه يقوى جوازها بقيمة العرض بعد الإخبار بذلك؛ نحو ما سمعته في المرابحة؛ واحتمال الفرق بينهما بدخول التقويم في الجملة في المرابحة بخلافها باعتبار ظهور مادتها في إرادة العقد، بمعنى إعطاء البيع بنفس ما وقع في ذلك العقد ممنوع وإلا لجرى مثله في المرابحة والمواضعة.

وعلى كل حال ﴿فيقول﴾ إذا أراد عقدها ﴿وليتك أو بعتك أو ما شاكله من الألفاظ الدالة على النقل﴾ الذي هو بيع. نعم في جامع المقاصد والمسالك «إنه إن كان العقد بغير لفظ وليتك وجب ذكر الثمن، وإن كان بها لم يحتج، كما أنه فيها وفي غيرها أنه يجعل مفعوله العقد لو كان اللفظ وليتك.

ولذا قال في الدروس والمسالك: «إنه يحتمل الاجزاء لو قال وليتك السلعة»

قلت: لعل الاستغناء عن الثمن فيما سمعته لصراحة لفظ التولية في البيع برأس المال، فيغني ذكره قبل العقد عنه فيه، بل أصل المعنى في ولّيتك العقد إعطاء السابق، بمعنى تمليك المولّى البيع بما ملكه المولّي في العقد السابق، لكن لا يبعد الاجتزاء بجعل المفعول السلعة، بل في كثير من نصوصها وقعت مفعولا للتولية، وإن لم تكن في صورة العقد، بل لا إشعار في شيء من النصوص بجعل المفعول العقد، فجعل المفعول السلعة إن لم يكن أولى من كون المفعول العقد في الاستغناء عن الثمن، فلاريب في مساواته له، بل لا يبعد الاستغناء عنه لو قال بعتك السلعة تولية، بل قد يظهر من القواعد والتذكرة وغيرهما الاجتزاء بلفظ بعتك مع قصد التولية، وإن لم يذكر لفظها، كما أن ظاهرهما الاجتزاء بهما وان لم يذكر لهما مفعولا من السلعة والعقد، إكتفاء بما قدماه على العقد، وكل ذلك غير بعيد.

إنما الكلام في أصل العقد بهذا اللفظ أي التولية ، ولايبعد جوازه لاندراجه في عموم الاية (١) بعد أن ذكر جماعة من الاصحاب العقد به ، بل ذلك قرينة إلى إرادة العقد بهذا اللفظ في النصوص المشتملة عليها ، لأن المراد البيع برأس المال الواقع بألفاظه الخاصة ؛ ولايشكل ذلك بعدم جواز العقد بلفظ المرابحة والوضيعة ، للفرق بذكر بعض الاصحاب العقد باللفظ الاول دونهما ، وبناء على أن المراد في الاية العقود المتداولة لاطريق إلى معرفة ذلك إلا ذكر الاصحاب، مضافا إلى أن التولية ليس إلا البيع برأس المال ، بخلاف المرابحة والمواضعة التی لهما أفراد متعددة ، لتعدد أفراد الربح والنقصان ، وإلى أن كلا من لفظهما لادلالة فی أصله على النقل ، بخلاف التولية التی من مشتقاتها الولي بمعنی المالك المتصرف ، وهی بمعنی الإعطاء ، و نحوه مما يناسب إرادة النقل ، فتامل جيداً.

وكيف كان فهی بيع يلحقها أحكامه من الشفعة والقدرة على التسليم وغيرهما، كما أنه يلحقها الخيار المزبور فی المرابحة ، لوكذب برأس المال على ما صرّح به فی التذكرة ، لاتحاد الطريق ، والزوائد المنفصلة قبل التولية للمولي وبعدها للمولی ، بالفتح خلافاً لأحد قولي الشافعية والحطّ من الثمن بعد التولية وقبلها للمولي بالكسر، وفي القواعد «لو باع تولية فحطّ البايع الأول عنه البعض فله الجميع ، وإن كان الحطّ قبل التولية فله الباقی إن كان بما أدّی » وهو جيّد إن صدق عليها اسم التولية التی هی كما عرفت البيع برأس المال ، ولاريب فی أنه الجميع ، ولاينافيه الحطّ إذ هو ابراء وحينئذ فالبيع بما أدّی وضيعة لاتولية ، والمراد بالبيع بما أدّی الاخبار بمقداره قبل؛ ثم البيع به، لأنه يناط البيع به ثم يعلم بعد ذلك ، ضرورة كونه حينئذ مجهولا فيفسد كما يفسد البيع بذلك ، والله أعلم.

---

(١) سورة المائده الآية - ١

﴿وأما المواضعة﴾

﴿فانها مفاعلة من الوضع﴾ بمعنى الحط إذ هي النقصان قدراً من رأس المال؛ ولاريب في جوازها إذ هي كالمرابحة، إلا أنه قيل بكراهة النسبة إلى رأس المال، نحو ما سمعته في المرابحة، والتسامح فيها يقضي بالتسامح في البحث عنها، والأمر سهل، وحينئذ ﴿فإذا قال بعتك بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة فالثمن تسعون﴾ إذ لاريب في ظهور العبارة في أن الموضوع بعض كل عشرة، لا أن المراد به معنى الوضع لكل عشرة، حتى يكون الموضوع خارجاً عنها، كما لو عبّر بهذه العبارة التي لاريب في ظهورها في كون الموضوع للعشرة غيرها، ولذا لم يخالف فيه أحد، فيكون الثمن أحدو تسعين إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم، وإلا لكان المتّجه حينئذ عدم كون الثمن فيما لو قال: من كل أحد عشر درهماً ماذكره المصنف وغيره، بل لاخلاف أجده فيه من أنه أحدو تسعون إلا جزءاً من أحد عشر جزء، ولاريب في أنه خلاف الظاهر، ومحتاج إلى القرينة، فاحتمال جماعة له كما قيل: إن أريد به بحيث يساوى ذلك له، فهو كما ترى، فضلا عن دعوى ظهور العبارة فيه، كما هو واضح، و في الدروس «ولو قال: بعتك بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة، فالثمن تسعون، ولو قال لكل عشرة زاد عشرة أجزاء من أحد عشر جزءا من درهم، وضابطه إضافة الوضيعة إلى الاصل، و نسبتها إلى المجموع ثم إسقاطها، فالباقي الثمن.

ولو قال وضيعة العشرة درهم، إحتمل الامرين نظرا إلى معنى الإضافة من اللام ومن، وإن اثبتا الإضافة الظرفية، فهي كالتبعيضية، والشيخ طرد الحكم بالضابط في وضع درهم من كل عشرة، كانه يجعل من لابتداء الغاية، ويجعل العشرة سالمة للبايع، ﴿وكذا﴾ في كون الثمن تسعين ﴿لو قال﴾ بعتك بمائة ﴿بمواضعة العشرة﴾ درهم؛

وفاقا للمحكي عن الشيخ لأن المنساق إلى الذهن كون الاضافة بمعنى من التبعيضية ، فيساوي حينئذ بوضيعة درهم من كل عشرة .

لكن في المسالك «تبعاً لما عن الميسية أن الاضافة بمعنى من ، لا تكون إلا في من البيانية لا التبعيضية ، نحو خاتم فضة ، وباب ساج ، وهو منتف هنا، لاشتراطها بصحة إطلاق المجرور بها على المبيّن ، كما في قوله تعالى(١) «فاجتنبوا الرجس من الاوثان » وقد صرّح بذلك المحقق الرضي وابن هشام و تاهيك بهما ، و حينئذ فينتفي القول بحمل الاضافة في المسألة على معنى من رأسا ، لأن الموضوع المضاف بعض العشرة ولا يصح الاخبار بها عنه فتعين كونها بمعنى اللام ، قلت : فيكون الثمن حينئذ أحدو تسعين إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً نحو المثال الآتي وفيه مضافا إلى ما تسمعه من المناقشة في المثال المساوي له ، منع اعتبار ذلك في الاضافة، قال الزمخشري فيما حكي من كشّافه في تفسير قوله تعالى(٢) «ومن الناس من يشتري لهو الحديث» أنه يجوز الاضافة بمعنى من التبعيضية كأنه قيل ومن الناس من يشترى بعض الحديث الذي هو اللهو منه .

وعن السيد الشريف أنه نص في بيان معنى فاتحة الكتاب ؛ أن الاضافة بمعنى من قد تكون في من التبعيضية، و نقله عن بعضهم وعن صاحب الكشاف ، ومن ذلك ينقدح قوة جواز الاضافة بمعنى التبعيض الذي هو أعم من البيانيّة التي ذكرها ، وأنه لا يعتبر صحّة الحمل ولعل التبعيض بالمعنى المزبور حاصل حتى فيما ذكره من المثالين ، خصوصا وقد ذكر هذا الاحتمال جماعة من المحققين ، كالشيخ و المصنف و الفاضل و الشهيد و فخر الاسلام والمحقق الثاني وغيرهم ، حتى أن جماعة توقفوا في الترجيح بينه وبين كون الاضافة بمعنى اللام ، بل صرّح بعضهم بالبطلان مع عدم القرينة لتكافوء الاحتمالين، وكل ذلك دليل على صحته ، وإن كان الأقوى ترجيحه على اللام بالتبادر في عرفنا الآن، وترجيح ذلك عليه بالقياس على المرابحة ؛ فإنه إذا قال : رأس مالي مثلا عشرون ، و بعتك برأس مالي مع مواضعة العشرة درهمين ونصف ، فلو فرض أن ذلك كان بصيغة

---

(١) سوره الحج الاية - ٣٠ (٢) سورة لقمان الاية ٦

المرابحة صار المجتمع خمسة وعشرين، ونسبة الخمسة إليها الخمس، فينبغي سقوط الخمس من الثمن ، لو كان بصيغة المواضعة وهو أربعة فيكون الثمن ستة عشر درهما ، ليس بأولى من القول بملاحظة نسبة الوضيعة إلى رأس المال، وأنه يسقط بقدرها ، فيكون الثمن خمسة عشر، لأن نسبة الخمسة إلى العشرين الربع ،

وحينئذ ففي المثال تنسب العشرة إلى المائة وتسقط من الثمن فيبقى تسعون، ضرورة أن نسبتها العشر، لأنه تنسب العشرة إلى القدر المجتمع منها ومن رأس المال، فيكون الساقط جزءا من أحد عشر فتامل جيدا ﴿ولو قال﴾: بعتك بمائة وضيعة درهم ﴿من كل أحد عشرة ،كان الثمن أحداً وتسعين إلا اجزءاً من أحد عشر جزء من درهم﴾ بلا خلاف أجده فيه هنا ، لكن قد يشكل بأن الظاهر الوضع لكل عشرة درهم ، فبعد حذف التسعة عن المائة ، لا ينبغي وضع شيء آخر عن الواحد، لعدم كونه عشرة ، فيكون الثمن حينئذ أحدا وتسعين ، مضافا إلى أصالة عدم الوضع ؛ فلو ادعى البايع هذا المعنى حمل عليه ، ولو مات ولم يفسر حمل عليه أيضا ، أللهم إلاّ أن يقال : إنّ المراد الحطّ لكل عشرة أجزاء جزء من خارج درهما كان أو عشرة ، ملاحظة لجانب المشتري ، لأن الأصل عدم الزيادة ، ولعله على ذلك مبنى كلام الأصحاب ، ولا بأس به مع مساعدة العرف عليه ،

وأمّا التشريك فقد تقدّم سابقاً بعض الكلام فيه وفي الدروس هنا هو أن يجعل له فيه نصيباً برأس ماله ، وهو بيع أيضا ولو أتى بلفظ التشريك، فالظاهر الجواز، فيقول شركتك في هذا المتاع نصفه بنصف ثمنه ، انتهى وفيما ذكره أخيرا بحث .

﴿الفصل السابع في الربا﴾

المحرّم كتابا (١) وسنة (٢) وإجماعا من المؤمنين بل المسلمين ، بل لا يبعد كونه من ضروريات الدين ، فيدخل مستحلّه في سلك الكافرين ، كما يؤمي إليه ما رواه

(١) سورة البقره الاية ٢٧٤ وسورة آل عمران الاية ١٢٩

(٢) الوسائل الباب -١- من ابواب الربا-

ابن بكير(١) «قال : إنه بلغ أباعبدالله عليه السلام عن رجل أنه كان ياكل الرّبا ويسميه اللبا، فقال لئن أمكنني الله منه لأضربن عنقه » ونحوه غيره «والدرهم من الربا يمحق الدّين ويورث الفقران تاب»(٢) «بل هو عند الله أشدّ من عشرين زنية » (٣) «بل ثلاثين» (٤) «بل سبعين كلها بذات محرم في بيت الله الحرام » (٥) «بل للربّا سبعون بابا أهونها عند الله كالذي ينكح أمّه في الكعبة »(٦) «ولذا كان أخبث المكاسب وشرّها ، (٧) ومن أكله ملاء الله بطنه من نار جهنم بقدرما أكل» ، (٨) و من اكتسب منه مالا لم يقبل الله منه شيئا من عمله ، ولم يزل في لعنة الله والملائكة ماكان عنده قيراط واحد»(٩) «وقد رأى النبي صلى الله عليه وآله لما اسرى به إلى السماء أقواما يريد أحدهم أن يقوم ، فلا يقدر من عظم بطنه، فسأل جبرئيل عنهم ، فقال له : هم الذين ياكلون الربا»(١٠)«فلعن الله آكله ومشتريه و بايعه وكاتبه وشاهديه والزايد والمستزيد في النار»(١١)

لكن في الدروس ولو اضطر الدّافع ولا مندوحة فالاقرب ارتفاع التحريم في حقه ، وهو جيّد في بعض أفراد الضرورة . «وإنما حرّمه الله لئلا يترك الناس فعل المعروف من القرض وغيره(١٢) بل لتركوا التجارات أيضا(١٣) بل هو في نحو شراء الدرهم بالدرهمين من السفه المفسد للمال كما أومي إليه الرضا عليه السلام (١٤) في جواب السؤال عن علّة تحريمه «قال : لما فيه من فساد الأموال لأن الإنسان إذا اشتري الدرهم بالدرهمين كان ثمن الدرهم درهما وثمن الآخر باطلا فبيع الربا وشراؤه وكس على كل حال ، على المشتري ، والبايع ، فحرّم الله عزّ جل على العباد الربّا ، لعلة فساد الأموال ، كما حظر

---

(١) الوسائل الباب-٢-من ابواب الربا-الحديث-١-

(٢) (٣) (٤) (٥) (٦) (٧) (٨) الوسائل الباب -١- من ابواب الربا الحديث -٧-٦-٥-١-٢-١٢-الى ٢٣

(٩و١٠) الوسائل الباب ١ - من ابواب الربا الحديث ١٥-١٦

(١١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الربا الحديث ١-٥

(١٢و١٣و١٤) الوسائل الباب ١ من ابواب الربا الحديث ٣-٨-١١

على السفيه أن يدفع إليه ماله لما يتخوف عليه من فساده ، حتى يونس منه رشد ، فلهذه العلّة حرّم الله عزوجل الرّبا وبيع الرّبا بيع الدّرهم بالدرهمين».

ومنه كغيره يعلم أن ليس المراد من الرّبا المحرم مطلق الزيادة ، كما هو معناه لغة؛ بل المراد به كما في المسالك وغيرها «بيع أحد المتماثلين المقدّرين بالكيل أو الوزن في عهد صاحب الشرع ﷺ أو في العادة مع زيادة في أحدهما حقيقة أو حكما ، أو اقتراض أحدهما مع الزيادة ، وإن لم يكونا مقدّرين بها إذا لم يكن باذل الزيادة حربيا ، ولم يكن المتعاقدان والدامع ولده . ولا زوجا مع زوجته » وإن كان تعريفه بذلك لا يخلو من نظر، من وجوه إلا أنه يسهل الخطب عدم إرادة تعريف الحقيقي، بل قد يقال : إن المراد به شرعا المعنى اللغوي ؛ لكن في خصوص النسيئة والبيع أو مطلق المعاوضة ، بناء على تعميمه بالشرائط التي تسمعها إنشاء الله ، وبيع الرّبا هو البيع المشتمل على الزيادة كما أومئ إليه الرضا ﷺ بما سمعت ، وعن حواشي الشهيد وآيات المقداد وجامع المقاصد أنه شرعا زيادة أحد العوضين إلى آخر ما سمعته من المسالك ، وعن فقه القران للراوندي أصل الرّبا الزيادة والرّبا هو الزيادة على رأس المال من جنسه أو مماثله إلى غير ذلك ، مما يرجع إلى ما ذكرنا من النصوص وغيرها ، فضلا عن التبادر.

ومن هنا ربما قيل بأن المتّجه بحسب القواعد صحّة المعاملة المشتملة عليه ؛و اختصاص الفساد بالزيادة ، لأنها هي محل النهي فبيع المثلين حينئذ بالمثل كبيع ما يجوز بيعه ، وما لا يجوز بيعه ، في عقد واحد الذى يصح في الاول ، ويبطل في الثاني .

نعم لا يبعد التسلط على الخيار مع الجهل وحينئذ فلا بد من الاستدلال على الفساد بدليل خاص غير تحريم الربا لكن لا يخفى أن ظاهر الأصحاب بل وجملة من النصوص تحريم نفس المعاملة وما يحصل بها ، فما يأخذه من الغريم من رأس المال والزيادة حرام ، وكذا ما يعطيه ، وعن مجمع البيان معنى أحلّ الله البيع وحرّم الرّبا : أحل البيع الذى لا ربا فيه ؛ وحرّم البيع الذى فيه الرّبا ، فيمكن كون النهي هنا كالنهي عن بيع الملامسة و

المنابذة ممالا إشكال عندنافي اقتضائه الفساد ، وأنه ليس كالنهى عن البيع وقت النداء أو يرجع إلى النهى عن نفس العوض والمعوّض عنه ، وهو لاريب فى إقتضائه الفساد.

بل يمكن إستناد الفساد إلى قاعدة تبعيّة العقود، للقصود، ضرورة أن البايع أو المشترى إنما بذل المثل فى مقابلة المثلين ، فان لم يتم له بطل القعد ، وليس هو كبيع الشاة والخنزير التى يبطل من الثمن ما قابلها ، فيبقى الاخر بما قابله منه ، لان البطلان فى الزيادة هنا بلامقابل وهو أمر غير مقصود ، للمتعاملين ، فلو صح العقد وقع مالم يقصد، وماقصد لم يقع كما هو واضح .

نعم قد يقال بصحة المعاملة إذا كانت الزيادة خارجة عن أحد العوضين ، كما إذا كانت شرطا ونحوه بناء على أن بطلان الشرط لايقضى ببطلان العقد ، مع احتمال القول بالفساد هنا ، وإن لم نقل به هناك ، لظهور النص والفتوى فى أن الربا متى دخل المعاملة أفسدها على أيّ وجه كان دخوله ، فيختص النزاع السابق حينئذ بما إذا لم يكن فساد الشرط لانه ربا ، ومن هنا كان إشتراط الاجل فى أحد المتماثلين ربا ، وفى خبر خالد بن الحجاج (۱) «سألته عن رجل كانت لي عليه ماءة درهم عدداً قضانيها مائة درهم وزنا ، قال : لابأس مالم تشارط ؟ قال : وقال : جاء الربا من قبل الشرط. وإنما تفسده الشروط » فالاقوى البطلان حينئذ وإن كان الربا شرطاً ، ولاينافى ذلك ما تسمعه انشاء الله من النصوص و الفتاوي في وجوب ردّ الزيادة في حالي العلم و الجهل وعدمه ، كما ستعرف .

وقد تلخص مماذكرنا فساد المعاوضة الربوية على كل حال سواء قلنا بكون النهى عنها، أو قلنا بأن النهى عن الزيادة ، وأما الاول فواضح، وأما الثانى فلان المراد من النهى عن الزيادة معاملة المثل بالمثلين مثلا ، وهى مباينة لمعاملة المثل بالمثل على وجه لاتتحق الثانية فى ضمن الاولى ، كي يكون النهى متعلقاً بالزيادة نحو شراء

---

(۱) الوسائل الباب -۱۲- من ابواب الصرف الحديث-۱

الشاة والخنزير، فإنهما معا يحصلان بعقد واحد ؛ فيصح بالمحلل ويبطل بالمحرم ،و ليس ما نحن فيه كذلك قطعا ؛ ضرورة عدم حصول معاملة المثل بالمثل في ضمن معاملة المثل بالمثلين ، مع زيادة لما عرفت من مباينتهما على وجه لا يجتمعان ، فانه متى تحقق أحدهما خرج عن موضوع الاخر .

نعم لو فرض عقد واحد اشتمل على معاملة المثل بالمثل وعلى معاملة المثل بالمثلين أمكن حينئذ التزام كونه كالشاة والخنزير وليس المقام من هذا القبيل قطعاً ؛ فليس حينئذ معاملة المثل بالمثلين الامن العنوان المحرم ، لأنه اجتمع فيه المحلل و المحرم وكيف يتصور اجتماعهما بعد اعتبار الشارع في المثل بالمثل عدم الزيادة فتأمل جيداً فانه دقيق نافع .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿هو﴾ أي الربا ﴿ يثبت في البيع ﴾ بلاخلاف بين المسلمين بل هو كالضروري من الدين ، لكن ﴿ مع وصفين ﴾ أحدهما إتحاد الثمن و المثمن في ﴿الجنسية ﴾ ﴿و﴾ الثاني كونهما مما يعتبران ب﴿الكيل والوزن﴾ كذا ثبوته ﴿في القرض﴾ فيتحقق فيه ﴿مع اشتراط النفع﴾ بالعين أو الصفة من غير فرق فيه بين المكيل والموزون ، وغيرهما فهو أعم موضوعاً من الاول فلا بد للفقيه حينئذ من البحث في حكم كل منهما وشرائطه - ولذا قال المصنف ﴿ أما الثاني ﴾ أي ربا القرض ﴿فسيأتي﴾ البحث فيه في بابه

﴿ وأما الاول فيقف بيانه على أمور ﴾ أربعة لكن ينبغي أن يعلم أولا أن الظاهر ما صرح به المصنف في باب الغصب من ثبوت الربا في كل معاوضة ، وفاقا للمحكي عن السيد و الشيخ والقاضي وابن المتوج و فخر المحققين و الشهيدين و ابن العباس والقطيفي والعلميين والاردبيلي وغيرهم ، بل نسبه الاخير في آيات أحكامه إلى الاكثر، لاطلاق ما دل على حرمته من الكتاب والسنة . اذ هو الزيادة المتحقق صدقها في البيع وغيره.

ودعوى -أنه البيع والقرض مع وصف الزيادة كما يؤمي إليه تعريف بعضهم له بذلك أو أنه الزيادة فيهما خاصة لغة أو شرعا- لاشاهد لها، بل الشواهد جميعاً على خلافها حتى ماورد (١) في وجه تحريمه من تعطيل المعاش، (٢) واصطناع الناس المعروف و نحوهما. بل و الصحاح المستفيضة التي سيمر عليك كثير منها، كقول الصادق عليه السلام في صحيح ابى نصر (٣) «الحنطة و الشعير رأسا برأس لايزداد واحد منهما على الاخر إلى أن قال: والدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلا بمثل لابأس به» وفي آخر (٤) كان علي عليه السلام «يكره أن يستبدل وسقا من تمر المدينه بوسقين من تمر خيبر، ولم يكن علي عليه السلام يكره الحلال» وقال عبدالرحمن (٥) للصادق عليه السلام ايضاً «أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير؟ فقال: لايجوز إلا مثلا بمثل» كقوله أيضاً في صحيح الحلبي (٦) «الفضة بالفضه مثلا بمثل ليس فيها زيادة ولانقصان الزائد و المستزيد في النار» وسأل محمد أباجعفر عليه السلام (٧) عن الرجل يدفع إلى الطحان الطعام فيقاطعه على أن يعطي صاحبه لكل عشرة ارطال اثنى عشر رطلا دقيقا فقال: لا قلت: الرجل يدفع السمسم إلى العصّار ويضمن لكل صاع أرطالا مسماة، قال: لا» بل قيل إنه صريح في المطلوب إلى غير ذلك من النصوص، الظاهرة بسبب الاطلاق أو ترك الاستفصال في حصول الربا بالزيادة في مطلق المعاوضة، المعتضدة مع ذلك كله بالاحتياط.

(١ و ٢) الوسائل الباب-١ من ابواب الربا الحديث ٨-٣

(٣) الوسائل ذكر صدره في باب ٨ من ابواب الربا عن أبي بصير الحديث ٣ وذكر ذيله عن زرارة في باب ٩ الحديث ٢

(٤) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الربا الحديث ١

(٥) الوسائل الباب-٨-من ابواب الربا الحديث-٢

(٦) الوسائل الباب ١ من ابواب الصرف الحديث-١

(٧) الوسائل الباب-٩-من ابواب الربا الحديث-٣-

خلافا للحلي والفاضل فخصّاه بالبيع ، و القرض ، للاصل، بعد دعوى أن الربا الزيادة فيهما ، أو أن المنساق من الادلة ذلك ، سيما بعد أصالة البيع في المعاوضة ، ولو لانه الكثير الشايع ، فنصوص الاستدلال و نحوها تنصرف اليه ، و فيه ما عرفت ، وحينئذ فينقطع الاصل بما سمعته ، مؤيداً بالشهرة العظيمة ، بل قيل إن الفاضل قد رجع عنه في كتاب الصلح من القواعد ، فينحصر الخلاف حينئذ بالحلي ، واقتصار المصنف هنا على البيع مع تصريحه في الغصب بالعموم ، لا يعد خلافا كتعريف بعضهم له بذلك مع تصريحه في غير المقام بالتعميم ، الكاشف عن عدم إرادة الاختصاص بذلك ، و أنه ذكره لكون البيع محل البحث ، فتأمل جيدا ، والله أعلم

وكيف كان ف ﴿الاول﴾ من الامور ﴿في بيان الجنس﴾ الذي قد عرفت إعتبار إتحاده في المنع من الربا كما ستعرف دليله ؛ نعم قد صرّح غير واحد أن المراد به في النص والفتوى الحقيقة النوعية المسماة في المنطق بالنوع ، وفي اللغة بالجنس، لكن اعترف في جامع المقاصد بأن ذلك يعسر الوقوف عليه ، بل عن مجمع البرهان أنه متعسر ، بل قيل إنه متعذر ، و هو كذلك ، ضرورة صعوبة الوصول إلى معرفة الذاتيات ، بحيث يفرّق فيها بين الجنس والنوع ، والصنف والفرد ، على وجه يطمئن به ﴿و﴾ لعله لذا جعل ﴿ضابطه﴾ في السرائر والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وغيرها ﴿كل شيئين﴾ مثلا ﴿يتناولهما لفظ خاص كالحنطة﴾ مثلا ﴿ بمثلها و الارز بمثله﴾ ولعله لان الاتفاق في ذلك كاشف عن الاتحاد في الحقيقة النوعية ، كما يؤمي اليه الجمع - في المحكي عن الكفاية - بينهما؛ فقال: إن المراد بالجنس الواحد الحقيقة النوعية، وضابطه أن يتناولها لفظ خاص ، وكان وجه ذلك معلومية إرادة كون التناول للاشتراك في القدر المشترك بين الأفراد الذي لا قدر غيره أخص منه ، فلا أثر للتناول بالاشتراك اللفظي ، ولا للتناول بالاشتراك في الجنس الذي تحته قدر أخص منه ، لافراد خاصة من ذلك الجنس ولا أقل من أن يكون ذلك قاعدة مطردة حتى يعلم خلافها، كاطراد قاعدة إقتضاء إختلاف اللفظ الخاص إختلاف الحقيقة حتى يعلم ،فلا يرد

حينئذ تناول لفظ الطعام والحب ونحوهما مماهي أسماء أجناس تحتها أقدارمشتركة أخص منها ، كمالا يرد الاتحاد هنا في الشعير والحنطة مع اختلاف اللفظين ، مع إمكان التخلص عن الاخير بطريق آخر ، هوما أشارت إليه النصوص ، من أن الاتحاد في باب الربا بينهما باعتبار كون الشعير من الحنطة ، وأنها هي أصله، لاباعتبار اتحاد هما في الحقيقة ، الآن ومثله حينئذ كاف في تحقق الربا ، وإن اختلفت الحقيقة ، و كان إطلاق الاصحاب في أول البحث الاكتفاء باتحاد الجنس ، مع جريان الربافي المختلف إذاكان أحدهما أصلا والاخر فرعاً ، إتكالاعلى ما يذكر ونه بعد ذلك ، أو يريدون إتحادالجنس ولوبالأصل .

نعم الظاهر الاكتفاء بذلك إذا كانت الحقيقة الفرعية متخذة من ذلك الاصل لاغير كالشعير من الحنطة . و التمرمن الطلع مثلا ، فلايرد حينئذ معلومية عدم الربا بين التمرو الملح الذى يفرض استحالته ، لان حقيقة الملح ليست متخذة منه ، بل هو إستحالة لخصوص فرد منه فتأمل جيدا . فانه دقيق نافع . وتسمع له فيماياتى تتمة انشاءالله.

وبذلك كله يظهر لك ارتفاع الاشكال عن المسألة وإن التبس الامر على بعض المحققين ؛ من متاخرى المتاخرين ، ولوفرض حصول فرد مشتبه بين كونه متحد الجنس ومختلفه ، فظاهر اعتبار الاصحاب اتحاد الجنس في الحرمة الحل لأن الشك في الشرط شك في المشروط ، والفرض كون المحرّم مشروطا دون الجايز الباقي على مقتضى العموم .

نعم قد يقال إن ظاهر النصوص الاشتراط في كل منهما، لقوله فيما تسمع(۱) «إذا اختلف الجنسان أو الشيئان فبيعوا كيف شئتم» و نحوه غيره، وقوله(۲) «كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح

(۱) المستدرك ج ۲ص ۴۸۰

(۲) الوسائل الباب ۱۶ من ابواب الربا الحديث ۳

مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد» فيكون كلّ من الجايز والمحرّم مشروطاً بشرط ، فمع فرض الشك يتجه الفساد ، لأصالة عدم ترتب الأثر ، وعدم النقل والانتقال ، و نصوص(١) «كل شيء يكون فيه حلال وحرام» في غير الفرض ، كما يشهد له إتفاقهم على عدم جريانها في المشتبهة من النساء بين الأجنبية والنسبية ، وليس إلّا لاشتراط كل من الحلّ والحرمة بشرط فرض الشك فيه ، فيبقى أصل عدم ترتب الأثر بحاله، كبقاء مقتضى قاعدة المقدمة.

نعم قد يقال بالحلّية في المشكوك في حصول سبب التحريم ، نحو ما أشارت إليه النصوص (٢) بأن جارية تحتك ولعلها اختك» وللسيرة والطريقة وغيرهما ، وبذلك ظهر لك أن مقتضى النصوص في المقام الفساد ، إلّا أنه بملاحظة إقتصار الأصحاب الشرطية في المحرّم دون غيره ، يحكم بالحلّ في المشتبه فتامل جيدا .

و على كل حالّ ﴿فيجوز بيع المتجانس﴾ بمثله ﴿وزنا بوزن نقدا﴾ بلا خلاف ولا إشكال نصّا (٣) وفتوى عموماً ﴿و﴾ خصوصاً كما أنه ﴿لا يجوز مع الزيادة﴾ الجنسية لذلك . نعم في المسالك «هذا إذا كان أصلهما الوزن ، امّا لو كان أصلهما الكيل ففي الاكتفاء بتساويهما وزنا خاصة نظر ، من كون الوزن أضبط ، حتى قيل إنه أصل للكيل ، ومن ورود الشرع والعرف بالكيل ، فلا يعتبر بغيره ، وظاهر كلام المصنف إختيار الاول ، وهو متجه ، بل نقل بعضهم الاجماع على جواز بيع الحنطة والشعير وزنا مع الاجماع على كونهما مكيلين في عهده ﷺ قلت : ستسمع تحقيق المسألة في الفرع الأول والله أعلم.

﴿و﴾ أمّا إذا كانت الزيادة حكمية ، كالأجل فلا خلاف محقق معتدّ به في عدم الجواز فـ ﴿لا يجوز﴾ حينئذ ﴿إسلاف أحدهما في الآخر ،﴾ لكن قال المصنف هنا ﴿على الاظهر﴾ ولعله أشار به إلى ماحكاه في المختلف عن الخلاف من كراهة بيع

(١و٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب مايكتسب به الحديث ١ـ٤

(٣) الوسائل الباب ٨ـ٩ من ابواب الربا

المتجانسين متماثلا نسيئة ، والمبسوط من أنّ الاحوط أن يكون يداً بيد .

وفي الدروس «إنه أوّل كلامه، بإرادة التحريم لأن المسألة إجماعية ، » قلت : لأنه نفسه منع من بيع الثياب بالثياب والحيوان بالحيوان نسيئة ، فضلا عما نحن فيه، فمثله حينئذ لا يعدّ خلافا بعد الإجماع بقسميه ، وظهور النصوص في تحقق الرّبا بذلك ، بل ستعرف القول بتحققه بذلك مع اختلاف الجنس ، فضلا عن متّحده .

﴿و﴾ حيث يجوز بيع المتجانسين ﴿لا يشترط﴾ في صحّته ﴿التقابض قبل التفرق﴾ عندنا، كما عن التذكرة لإطلاق الأدلة السالم عن المعارض ، ضرورة عدم الرّبا بعد أن كانا حالّين، وإن قبض أحدهما وبقي الاخر فاليد باليد، إن كان في الأدلة يراد به نفي النسيئة ،كما هو معلوم، ﴿إلا في الصرف﴾ فيجب التقابض فيه حتى مع اختلاف الجنس، للأدلة التي ستسمعها في محلّها ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، إلا من ابن زهرة في الغنية فأوجب التقابض قبل الافتراق في بيع المتجانسين ، وهو غريب ، لم أجد من وافقه عليه .

وأغرب منه دعواه نفي الخلاف عنه في الظاهر، ﴿ولو اختلف الجنسان﴾ في الرّبويين ﴿جاز التماثل والتفاضل نقدا﴾، بلا خلاف كما اعترف به بعضهم ، بل الإجماع بقسميه عليه ، للإطلاق والنبوي(١) المجمع عليه كما في السرائر «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم» وقول أبي جعفر عليه السلام في صحيح ابن مسلم(٢) «إذا اختلف الشيئان فلا بأس به مثلين بمثل يداً بيد »كقول الصادق عليه السلام (٣) في موثق سماعة «المختلف مثلان بمثل

---

(١) المستدرك ج٢ص٤٨٠

(٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الربا الحديث-١

(٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الربا الحديث -٩

يداً بيد لا بأس به» وفي موثقه الآخر (١) «سألته عن الطعام والتمر والزبيب قال : لا يصلح منها إثنان بواحد إلا أن تصرفه إلى نوع آخر، فإذا صرفته فلا بأس به إثنين بواحد وأكثر من ذلك».

وفي صحيح الحلبي أو حسنته عن الصادق عليه السلام (٢) «ويكره قفيز لوز بقفيزين ولكن صاع حنطة بصاعين من تمر أو بصاعين من زبيب» وسأله أيضاً في صحيحه الآخر (٣) «عن الزيت بالسمن إثنين بواحد قال يداً بيد لا بأس به» وفي الموثق (٤) «كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد» وغير ذلك من النصوص مفهوماً ومنطوقاً بل إليه يؤمي نصوص الجواز فيما يعمل من جنسين المعلوم بناء الجواز فيها على صرف كل إلى ما يخالفه كما هو واضح ، هذا كله في النقد.

﴿و﴾ أما ﴿في النسيئة﴾ فإن كان كل من العوضين من الأثمان فهو صرف لا تجوز فيه كما تعرفه في محله ، وإن كان أحدهما منها والآخر من العروض فلا خلاف أجده في جواز التماثل والتفاضل بل الإجماع بقسميه عليه ، إذ هو إما نسيئة أو سلم ، وكل منهما مجمع على جوازه ، بل لعله من الضروريات المستغني عن الإستناد إلى إطلاق الأدلة ونحوه ، وإن لم يكن كذلك بل كان عرضاً بعرض ففيه ﴿تردد﴾ وخلاف فعن ابني أبي عقيل والجنيد والمفيد وسلار وابن البراج عدم الجواز ، والمشهور نقلاً وتحصيلاً بل لعل عليه عامة المتاخرين الجواز ،

﴿و﴾ لا ريب في أن ﴿الاحوط المنع﴾ وإن كان الأقوى خلافه ، لإطلاق الأدلة الذي يقصر معارضه عن تقييدة ، سنداً في البعض ، ودلالة في الجميع ، إذ هو إما البأس في المفهوم الذي هو أعم من الحرمة ، كلفظ لا يصلح الذي ادعي ظهورها في الكراهة ، ولو للشهرة ، والتعبير بلفظها في مضمر على ابن ابراهيم الطويل وغير ذلك،

---

(١)(٢)(٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الربا الحديث ٥ و٣ و٧ ـ مع اختلاف يسير

(٣) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الربا الحديث ٣

ولذا صرّح بها هنا غير واحد من الأصحاب ، بل في الغنية الاجماع عليها ، وهو دليل آخر على المطلوب ، فالاستدلال بصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام (۱) الذي رواه محمد بن سنان عنه أيضا «قال : ماكان من طعام مختلف أو متاع شيء من الأشياء متفاضل ، فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يداً بيد ، فاما نظرة فلا يصلح».

ونحوه خبر زياد بن ابي غياث (۲) إلا أنه قال: «فأمّا النسيئة فلا يصلح» ـ لا يخفى عليك ما فيه خصوصاً ، بعد معلومية مادلّ على اعتبار إتحاد الجنس في تحقق الرّبا إن أريد بعدم الجواز هنا الرّبا ، كما هو الظاهر استبعاداً لارادة التعبدية دون الربّوية ؛ ولأنه الظاهر ممّا ذكر دليلا لهم أيضا ، وهو الحديث المشهور (۳) ، «إنما الرّبا في النسيئة» الممنوع ارادة الشمول لما نحن فيه منه ، الموهون بمتروكية الحصر فيه ، على ان من المعلوم عدم إرادة مطلق الزيادة من الرّبا فيه ، بل المراد بالشرائط المعتبرة ، ومن جملتها عند علمائنا كما في المختلف إتحاد الجنس الذي صرّحت به الصحيحة المتقدمة كل ذا ، مع احتمال وروده كالنصوص السابقة موردالتقية ، لكون المنع مذهب العامة ، كما يلوح من الغنية ، ويؤيده مصير الاسكافي ، وقد ظهر لك من ذلك كله وجه ماذكر المصنف من الاحتياط ، وغيره من الكراهة ، ولو من جهة الشبهة الناشئة من أدلة المنع المزبور سيما مع صحة بعضها ، واحتمال إرادة الحرمة من نفي الصلاحية ، إمّا من حيث الصّيغة كما ادّعاه بعض الناس ، أو من حيث غلبة التعبير به وبلفظ الكراهة عن الحرمة في باب الرّبا مؤيّداً ذلك بفتوى من عرفت .

لكن في الرياض «أن المستفاد من النصوص المزبورة المنع في خصوص الزيادة العينية ، لا الحاصلة بمجرد النسيئة ونحوها من الزيادات الحكمية ، فالفتوى باستحباب

(۱) الوسائل الباب ۱۳ ـ من ابواب الربا الحديث ۲

(۲) الوسائل الباب ۱۷ من ابواب الربا الحديث ۱۲

(۳) كنوز الحقائق في هامش جامع الصغير ص ۷۵ الطبع عبدالحميد احمد

المنع فيها الاوجه له مطلقا ، حرمة كان أو كراهة ، إلا أن المصير إلى الأخير بناء على المسامحة غير بعيد !» قلت : لعل الوجه في المنع ما عرفت من دعوى أن ذلك من الربا الذي يتحقق بكل من الزيادتين ، فلاحظ وتامل . والامر سهل ؛ بعد ما سمعت من صفته على كل حال والله اعلم.

﴿والحنطة والشعير جنس واحد في﴾ حكم ﴿ الربا على الاظهر ﴾ الأشهر بل المشهور نقلا وتحصيلا شهرة عظيمة ، خصوصاً بين المتاخرين ، بل عليه عامتهم ، عدا ابن ادريس بل كادت تكون إجماعاً ، بل هي كذلك في الغنية ، ومحكي خلاف الشيخ لا ﴿لتناول اسم الطعام لهما﴾ إذ قد عرفت أنه غير مجد بعد الاختلاف في الاسم الخاص الظاهر في اختلاف الحقيقة لا إختلاف صنف ؛ بل للنصوص المستفيضة التي كادت تكون متواترة كقول الصادق عليه السلام في صحيح ابي بصير(١) الذي رواه المشايخ الثلاثة «الحنطة و الشعير رأسا برأس لا يزداد واحد منهما على الاخر» وفي صحيح الحلبي أو حسنه (٢) المروي في الكافي والتهذيب «لا يباع مختومان من الشعير، بمختوم من الحنطة ولا يباع ، إلا مثلا بمثل والتمرة أيضاً مثل ذلك ، قال: وسئل عن الرجل يشتري الحنطة ولا يجد عند صاحبها إلا شعيراً ، أيصلح له أن ياخذ اثنين بواحد ؟ قال: لا إنما أصلهما واحد» وزاد في الكافي وكان علي عليه السلام يعد الشعير بالحنطة» أي ويعدهما واحدا وقال سماعة في الموثق(٣) «سألته عن الحنطة والشعير فقال: إذا كانا سواء فلا بأس» وقال البصري (٤) قلت: لابي عبدالله عليه السلام «أيجوز قفيز من الحنطة بقفيزين من شعير؟ فقال: لا يجوز إلا مثلا بمثل، ثم قال : إن الشعير من الحنطة» وقال الباقر عليه السلام في صحيح زرارة ومحمد(٥) «الحنطة بالدقيق مثلا بمثل ، والسويق مثلا بمثل ، والشعير بالحنطة مثلا بمثل لا بأس به ، » وفي

(١و٢) الوسائل الباب-٨ من ابواب الربا الحديث ٣و٢
(٣و٤) الوسائل الباب ٨ من ابواب الربا الحديث ٦-٢
(٥) الوسائل الباب ٩ من ابواب الربا الحديث ٢

خبر محمد بن قيس(۱) «أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: لا تبع الحنطة بالشعير إلا يدا بيد، ولا تبع قفيزين من حنطة بقفيز من شعير» كقول الصادق عليه السلام في مرسل صفوان(۲) «الحنطة والشعير لا بأس به رأسا برأس» وسأله أبو بصير(۳) «عن الحنطة بالشعير والحنطة بالدقيق؟ قال: إذا كان سواء فلا بأس؛ وإلا فلا» وقال هشام بن سالم في الصحيح(۴) «سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يبيع الرجل الطعام الأكرار فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه، فيقول له: خذ مني مكان كل قفيز قفيزين من شعير حتى تستوفي ما نقص من الكيل، قال: لا يصلح لأن أصل الشعير من الحنطة، ولكن يرد عليه من الدراهم بحساب ما نقص من الكيل» إلى غير ذلك من النصوص، وكأنه أشار عليه السلام بالأصالة المزبورة إلى ما رواه الصدوق (۵) بإسناده «أن علي بن أبي طالب عليه السلام سئل مما خلق الله الشعير، فقال: إن الله تبارك وتعالى أمر آدم أن ازرع مما اخترت لنفسك وجاءه جبرئيل عليه السلام بقبضة من الحنطة فقبض آدم عليه السلام على قبضته وقبضت حواء على أخرى، فقال آدم لحواء: لا تزرعي أنت فلم تقبل أمر آدم فكلما زرع آدم جاء حنطة، وكلما زرعت حواء جاء شعيرا».

ومن الغريب بعد ذلك كله اختيار ابن ادريس العدم، وأغرب منه دعواه أنه لا خلاف بين المسلمين، العامة والخاصة، ولا بين أهل اللغة واللسان في أنهما جنسان، وأنه لم يذهب إلى الاتحاد غير شيخنا أبي جعفر والمفيد ومن قلده في مقالته، وتبعه في تصنيفه، وإلا فجل أصحابنا المتقدمين ورؤساء مشايخنا المصنفين الماضين، لم يتعرضوا لذلك، بل افتوا بأنه إذا اختلف الجنس فلا بأس ببيع الواحد بالاثنين، مثل شيخنا ابن بابويه، و السيد المرتضى، وعلي ابن بابويه وغيرهم؛ بل أبو علي بن الجنيد من كبار فقهاء أصحابنا

(۱و۲) الوسائل الباب ۸ من ابواب الربا الحديث ۸و۳

(۳) ذكر صدره الوسائل في الباب ۸ من ابواب الربا الحديث ۳ وذيله في الباب ۹ الحديث ۶

(۴) الوسائل الباب ۸ من ابواب الربا الحديث ۱

(۵) المستدرك ج۲ ص۴۸۱

ذكر المسألة وحققها وأوضحها في كتابه الاحمدي ، وقال لابأس بالتفاضل بين الحنطة والشعير لأنهما جنسان مختلفان.

وكذلك ابن أبي عقيل من كبار مصنفي أصحابنا قال: «وإذا اختلف الجنسان فلاباس ببيع الواحد بأكثر منه وقد قيل : لايجوز بيع الحنطة والشعير إلامثلا بمثل سواء ، لانهما من جنس واحد، وبذلك جاءت بعض الأخبار، والقول والعمل على الأول ، وأطنب في المقال ، وكان فيما قال: إن أخبار الآحاد لاتوجب علماولاعملاواستدل أيضاً بقوله ﷺ (١) «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم» قال : وقد اختلف الجنس في الحنطة والشعير صورة ، وشكلا، ولونا ، وطعما ، ونطقا، وإدراكا، وحساً ، ونحو ذلك مماهو غير خفي على أصاغر الطلبة ، فضلاعن أجلاء الاصحاب» ومع ذلك فيه أولاأنه مبني على أصل فاسد كما حرر في الاصول ، بل أساء الادب معه، في الحدائق هنا ، فقال الواجب عليه مع رده هذه الأخبار ونحوها من أخبار الشريعة هو الخروج من هذا الدين إلى دين آخر، وثانيا منع كونها آحاداً بل هي إن لم تكن متواترة ، فمضمونها بسبب اعتضاد بعضها ببعض، والعمل بها والاجماع ونحو ذلك قطعي ، وثالثا إن خلاف القديمين ، لايقدح في سبق الاجماع ولافي لحوقه وابن بابويه قد روى نصوص الاتحاد وظاهره العمل بها .

ومن الغريب أن الفاضل في التحرير قد اغتر بنقله ، فقال: «قال الشيخ : الحنطة والشعير جنس واحد، وقال ابن أبي عقيل وباقي علمائنا : أنهما جنسان» إذ لم نعرف من عنى بالباقي غير ابني الجنيد وادريس ، وقد ظهر لك بحمدالله سقوط القول بالاختلاف المقتضي لجواز التفاضل فيهما والخبر العامي (٢) «بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر كيف شئتم يدا بيد» لاينبغي التعويل عليه خصوصاً بعد ماقيل من القصور في دلالته أيضاً ،

نعم صرح غير واحد من الاصحاب باختصاص ذلك في باب الربا و إلافي الزكوة و

---

(١) المستدرك ج٢ص٤٨٠ ٢- سنن بيهقي ج ٥ص٢٨٢

غيرها جنسان، ولذا لم يكمل نصاب أحدهما بالآخر، وقاعدة اشتراط إتحاد الجنس فی الربا تخص بالأدلة المزبورة، قلت : قد يقال : إن النصوص إنّما دلّت على أن الشعير من الحنطة لأنهما الآن حقيقة واحدة ، لكن الربا يكفي فيه إتحاد الحقيقة فيه سابقاً ، كما يؤمي اليه التعليل فی النصوص المزبورة ، وإن اختلفت لاحقا ؛ ولذا الحقوا كل فرع بأصله فی ذلك ، بخلاف الزكوة فإنه لا دليل على ذلك فيها ، فيبقى اقتضاء اختلاف الحقيقة اللاحق بحاله فيها ، بخلافه في الربا ، بل لا تخصيص بقاعدة اشتراط الاتحاد ، ضرورة حصوله سابقاً وليس المراد منه الاتحاد فی ساير الاحوال .

فالنصوص حينئذ إنّما كشفت عن الإتحاد السابق ؛ وليس هو مما يستبعد اثبات مثله بها ، ولا ينبغي معارضتها بمعلومية الاختلاف بين العامة والخاصة في الصورة والطعم و غيرهما ، إذ ليس في شيء منها منافاة لذلك ، فتامل جيدا والله أعلم. والعلس و السّلت على القول بأنهما من أفراد الحنطة والشعير فدخولهما فيها ظاهر، وإن اختصا باسم آخر ، وإلا فمقتضى الاسم عدم الالحاق.

﴿وثمرة النخل جنس واحد وان اختلفت أنواعه﴾ وكان ردياً بلا خلاف أجده فيه ، فلا يجوز التفاضل بين ردي الدّقل وجيّد البرني مثلا، وقد سمعت إطلاق كون الثمرة، كالشعير والحنطة ، فی صحيح الحلبی(۱) كاطلاق موثق سماعة(۲) «لا يصلح شيء من الطعام والتمر والزبيب اثنان بواحد ، إلا أن تصرفه إلى نوع آخر» إلى آخره ، بل فی التذكرة أن الطلع كالثمرة وإن اختلفت أصولها ، وطلع الفحل كطلع الاناث وإن كان لا يخلو من تامل إن لم ينعقد إجماع عليه ، ولعل إدراجه فی قاعدة لحوق الفرع بالاصل أولى .

(۱و۲) الوسائل الباب ۱۳ من ابواب الربا الحديث-۳-۵

وعلى كلّ حال لا ينافي ما ذكرنا ما في خبر ابن سنان(١) «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: كان أمير المؤمنين عليه السلام يكره أن يستبدل وسقا من تمر خيبر بوسقين من تمر المدينة ، لأن تمر المدينة أدونهما» ومثله خبر ابن مسكان (٢) لكن بدون تعليل ، إذ الظاهر إرادة الحرمة من الكراهة هنا، خصوصاً بعد خبر سيف التمار، (٣)

قال: «قلت : لأبي بصير أحب أن تسأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل استبدل قوصرتين فيهما بسر مطبوخ بقوصرة فيها تمر مشقق. قال : فسأله أبو بصير عن ذلك فقال :هذا مكروه ، فقال: أبو بصير ولم يكره، فقال: كان علي بن ابي طالب عليه السلام يكره ان يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر، و لم يكن علي عليه السلام يكره الحلال » وفي الكافي قبل قوله: ولم يكن «لان تمر المدينة أدونهما» والصواب أجودهما كان ادونهما، كما في خبر محمد بن قيس (٤) سمعت أباجعفر عليه السلام «يكره وسقامن تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر، لأن تمر المدينة أجودهما، » الحديث أو مبادلة كل من المدينة وخيبر بالآخر، كما سمعته في خبري ابن سنان ومسكان والله أعلم .

وكيف كان فقد ظهر أن ثمرة النخل بجميع أفرادها جنس واحد ﴿وكذا ثمرة الكرم﴾ على اختلافها في الشكل والطعم وغيرهما . .

وفي موثق سماعة (٥) «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن العنب بالزبيب ؟ فقال: لا يصلح إلا مثلا بمثل» مع أنه لا خلاف أجده أيضاً فيه ، وفي القاعدة المعروفة بين الاصحاب قديماً وحديثاً ﴿و﴾ هي أن ﴿كل ما يعمل من جنس واحد يحرم التفاضل فيه﴾ وإن اختص هو باسم ﴿كالحنطة بدقيقها ، والشعير بسويقه ، والدبس المعمول من التمر بالتمر، و كذا ما يعمل من العنب بالعنب﴾ إلحاقاً للفرع باصله في حكم الرّبا ، للمعتبرة المستفيضة

(١و٢) الوسائل الباب -١٥- من ابواب الربا الحديث ٢-٣

(٣و٤) الوسائل الباب -١٥- من ابواب الربا الحديث ١-٢

(٥) الوسائل الباب -١٤- من ابواب الربا الحديث -٣

التی منها صحیح زرارة(۱) ومحمد(۲) «المتضمن لنفی البأس عن الحنطة بالدقیق إذا کانا مثلا بمثل» کصحیحه الاخر(۳) عن الباقر علیه السلام أیضاً «الدقیق بالحنطة، والسویق بالدقیق مثلا بمثل لا بأس به».

وموثق سماعة (۴) «سألته عن الحنطة والدقیق؟ فقال: إذا کانا سواء فلا بأس» و قال ابو الربیع للصادق علیه السلام (۵): «ماتری فی التمر والبسر الاحمر مثلا بمثل؟ قال: لا بأس. قلت: فالبختج والعصیر مثلا بمثل؟ قال: لا بأس» وفی الوافی البختج: العصیر المطبوخ معرب می پخته»

وسأل محمد بن مسلم (۶) أباجعفر علیه السلام «عن الرجل یدفع إلی الطحان الطعام، فیقاطعه علی أن یعطی صاحبه لکل عشرة أرطال اثنی عشر رطلا دقیقا، فقال: لا قلت: الرجل یدفع السمسم إلی العصّار ویضمن لکل صاع أرطالا مسمّاة؟ فقال: لا» وسأله أیضاً فی صحیحه الآخر(۷) «عن البرّ بالسویق؟ فقال: مثلا بمثل لا بأس به. قلت: إنه یکون له ریع، «أی نماء» أو یکون فیه فضل فقال: ألیس له مؤنة؟ قلت: بلی قال: هذا بهذا، وقال: إذا اختلف الشیئآن فلا بأس مثلین بمثل» إلی غیر ذلک من النصوص المتمم دلالتها بعدم القول بالفصل بین مواردها وبین غیرها مضافا إلی التعلیل السابق فی نصوص الحنطة والشعیر الظاهر فی التعدیة إلی کل فرع بالنسبة إلی أصله کما حقق فی الأصول، بل فی مرسل علی بن ابراهیم(۸) المضمر «وما کیل أو وزن مما أصله واحد،

(۱و۲و۳) الوسائل الباب -۹- من ابواب الربا الحدیث ۲ و۴ و۱

(۴) الوسائل الباب ۸ من ابواب الربا الحدیث ۶

(۵) الوسائل الباب ۱۲ من ابواب الربا الحدیث ۵

(۶و۷) الوسائل الباب -۹- من ابواب الربا الحدیث ۳-۱

(۸) الوسائل الباب -۱۲- من ابواب الربا الحدیث ۱۲

فليس لبعضه فضل على بعض ، كيلا بكيل ، أو وزنا بوزن ، فاذا اختلف أصل ما يكال ، فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد ؛ ويكره نسيئة » إلى أن قال : « وما كان أصله واحداً وكان يكال أو يوزن فخرج منه شيء لا يكال ولا يوزن ، فلا بأس به يداً بيد ، ويكره نسيئة ، وذلك كالقطن والكتان ، فأصله يوزن ، وغزله يوزن ، وثيابه لا توزن ، فليس للقطن فضل على الغزل ، وأصله واحد فلا يصلح إلا مثلا بمثل ، فاذا صنع منه الثياب صلح يداً بيد ، والثياب لا بأس الثوبان بالثوب » ولا يقدح إرساله وإضماره بعد الانجبار بالشهرة العظيمة ، بل قيل انها إجماع .

وفي التذكرة «الأصل مع كل فرع له واحد ، وكذا فروع كل أصل واحد ، وذلك كاللبن الحليب مع الزبد ، والسمن والمخيض واللبا والمصل والاقط والجبن والترخين والكشك و الكامخ والسمسم مع الشيرج والكسب والراشي ، وبزر الكتان مع حبة ، و الحنطة مع الدقيق ، والخبز على اختلاف أصنافه من الرقاق والفرن وغيرهما ، ومع الهريسة ، والشعير مع السويق ، والتمر مع السيلان والدبس والخل منه والعصير منه ، والعنب مع دبسه وخله ، والعسل مع خله ، والزيت مع الزيتون ، وغير ذلك عند علمائنا أجمع ، فلا يجوز التفاضل بين اللبن والزبد ، والسمن والمخيض : واللبا واللاقط ، وغير ذلك مما تقدم ، بل يجب التماثل نقدا ، ولا يجوز نسيئة لا متماثلا ولا متفاضلا ، ولا فرق في ذلك بين الاصل مع فرعه ، أو بعض فرعه مع البعض» إلى آخره مؤيداً ذلك كله بعدم العثور على خلاف في شيء من القاعدة المزبورة وفروعها ، إلا ما عن الاردبيلي من التأمل في ذلك ، وأنه غير منضبط على القوانين من حيث عدم صدق الاسم الخاص على الجميع ، و عدم الاتحاد في الحقيقة .

ولهذا لو حلف أن لا يأكل أحدهما لم يحنث بأكل الاخر : فيحتمل كونهما جنسين يجوز التفاضل فيهما ، والشرط في النصوص للكراهة مع عدمه ، كما مر في ساير المختلفات

قال: «ويمكن أن يكون الضابط أحد أمرين؛ إمّا الاتفاق في الحقيقة أو الاتحاد في الاسم، وهنا الأول متحقق وإن لم يتحقق الثاني، وفيه تأمل».

قلت: كان وجه التامل عدم تمامية ذلك أيضا ضرورة أنه قد يتخلف الاسم والحقيقة، كالتمر والخل والزبد والمخيض كما اعترف هو به في أوّل كلامه، وردّه بعض الافاضل، بأن مرجع المناقشة المزبورة إلى الشك في المراد من الجنس المشترط اتحاده في الربا بين الربويين، هل هو الحقيقة الأصلية خاصة وإن اختلفت أسماء أفرادها، أو أنه لابد من الاتحاد في الاسم، بناء على دوران الأحكام مدارها في جملة من المواضع بالضرورة، ولا وجه له بعد إمعان النظر فيما قدمناه من الأدلة الدالة على إرادة المعنى الاوّل بلاشبهة، وتكون هي المستثنية للمسألة من قاعدة دوران الأحكام مدار التسمية كما سلّمه هو في مسألة الحنطة والشعير للنصوص الجارية هنا بمقتضى العلّة المنصوصة، ولذا أن الحلّي المصرّ على إرادة المعنى الثاني في مسألة الحنطة والشعير وافق الاصحاب في المسألة، مدّعيا في جملة من مواردها إجماع الطائفة.

وبذلك يظهر لك الفرق بين المقام وبين ماذكره فانا لاننكر دوران الأحكام مدار الأسماء في غير ما نحن فيه، كما هو واضح، وهو جيد لو كانت المناقشة من حيث اختلاف الاسم خاصة، وإلا فحقيقة الأصل والفرع متحدة.

اما إذا كانت في مختلف الحقيقة من الفرع مع الأصل الذي هو فرده من إطلاق القاعدة المزبورة، ومن مقتضيات العلة في نصوص الحنطة والشعير، فمن الواضح عدم توجه بعض ما في الردّ عليها من هذه الحيثية، ضرورة إمكان منع دلالة النصوص وغيرها على نحو ذلك أوّلا، ومنع تسليمه ثانيا، لمعارضته بما دلّ «على البيع كيف شئتم مع اختلاف الجنس»، وإن كان من وجه، وبما دلّ على اعتبار اتحاد الجنس في تحقق الرّبا، وباستلزامه حصول الرّبا في المستحيل إلى حقيقة أخرى لو بيع بأصله، كالتمر المستحيل إلى الملح مثلا والتزامه في غاية الصّعوبة، لعدم الدليل الصالح لاثباته عدا إطلاق معقد الاجماع على

القاعدة المعارض ، باطلاق معقد جواز البيع ، مع اختلاف الجنس كيف شاء ، وعدا منصوص العلة في نصوص(١) الحنطة والشعير الذي لاجابر له في الفرض ، لقلّة من استند في هذه القاعدة إليه ، بل قد يقال : أنه من الحكمة لا من العلة خصوصاً مع ملاحظة خبر(٢) زرع حوّا ، وستسمع التصريح في الحواشي المنسوبة إلى الشهيد بجواز بيع اللبن باللحم لاختلاف الماهية ، بل كثير من أفراد ذلك غير محتاج إلى التصريح هذا .

لكن الانصاف أنه لامناص عن التزامه ، أو القول به في المستحيل إلى حقيقة أخرى هي فرع لذلك الأصل ، كالشعير بالنسبة إلى الحنطة ، لا إذا لم تكن واستحال اليها فرد من ذلك الجنس ، كالمثال المزبور أو القول بتنزيل إطلاقهم على الفرع الذي لم ينتقل إلى حقيقة أخرى ، وإن تغير الاسم كالدقيق بالنسبة إلى الحنطة ونحوه ، لكن ينا في ذلك بعض أمثلتهم للقاعدة ، منها ماسمعته من معقد اجماع التذكرة الشامل لبيع الفرع بالفرع أيضاً وإن اختلفا في الحقيقة بعد اتفاقهما في الاصل ، ومن هنا كانت المسألة من المشكلات ومحتاجة إلى التأمل التام ، وقد تقدم لنا سابقا بعض الكلام في ذلك فلاحظ وتأمل.

بل قد يناقش فيهما من جهة اخرى وهي أن الفرع إن كان بسبب العمل ومخالطة غير الربّوي له كالخلّ الذي يتخذ من التمر والماء الذي هو من أمثلة القاعدة المزبورة ، قد يمنع لحوقه بالرّبوي من جزئي أصله ، ضرورة كونه ترجيحا من غير مرجّح بعد فرض عدم كون الجزء الآخر من المستهلكات ، فاطلاق أدلة البيع وغيره يقتضي جواز التفاضل فيه لو بيع بالتمر مثلا ، اللّهم إلّا أن يدعى أن الماء صار من اجزاء التمر كالمعتصر منه ، لكنه كما ترى .

وفي التذكرة في المقام «أن مخالطة الملح والماء والانفحة وبعض الاجزاء اليسيرة لاتوجب اختلافاً .لأنها أجزاء يسيرة لااعتبار بها ، فإن كانت كثيرة توجب اختلافاً جاء

---

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب الربا

(٢) المستدرك ج ٢ ص ٤٨١

حکم المختلفین »فتأمل جیدا ، فإنه یمکن القول باعتبار ما کان فرع الأصل نحو الحنطة والدقیق ، والشعیر والسویق ، ونحو الدهن من السمسم مما سمعته فی النصوص المزبورة، لا کل فرع لکل أصل وإن کان بعیدا لا یعرفه إلا خواص الناس ، نحو طلع الفحل، ونحو اتخاذ القند من الشوندر ، وغیر ذلك مما یستخرج من بعض الأجسام علی وجه لا یدرکه إلا أوحدی الناس لا أقل من الشك والأصل الجواز، بناء علی ما سمعت، وإجماع التذکرة لا وثوق به فی ذلك وشبهه .

وأمّا المناقشة فیها بما حکاه فی الریاض عن الفاضل المزبور أیضاً ،منها أنه لاشك فی أن الحنطة إذا جعلت دقیقاً تزید کما هو ظاهر ،ودلت علیه صحیحة محمد بن مسلم (۱) المتقدمة ، وانطباق الوجه المذکور فیها علی قواعدهم یحتاج إلی التأمّل، فلا ینبغی صحة بیع أحدهما بالآخر متساویا أیضاً للزیادة کما فی الیابس من جنس بآخر رطبا مثل الرطب بالتمر، والعنب بالزبیب ، فکیف لا ینبغی النظر إلی مثل هذه الزیادة فی وقت آخر بتبدیل وتغییر، مع أنه معتبر عندهم فی الرطب والتمر؛ فقد أجاب عنها فی الریاض باغتفار هذه الزیادة اتفاقا فتوی وروایة .

ولعلّ الوجه فیه ما أشیر إلیه وإلی الإشکال الذی ذکره فی الصحیحة المشار إلیها فی کلامه ، وحاصلها أن اغتفار الزیادة إنما هو لاجل الطحن ، ولیس بیع الرطب بالتمر الیابس علی تقدیر المنع عند مثله بالبدیهة، إذ لا مئونة فی یبس التمر وهو فرق واضح لا یشوبه شوب المناقشة .

قلت لا إشکال فی منع الزیادة سواء کان فی مقابلها عمل له مئونة أو لا؛ کما صرحوا به فی بیع الخاتم بالفضة وغیره ، کما أن الظاهر عدم الفرق بین الزیادة الحسّیة والحکمیة، والفعلیة والتقدیریة ، بناء علی العمل بالعلّة المستفادة من قوله ﷺ « أینقص إذا جف» (۲) کما ستعرف، الکلام فیه مفصلا إن شاء الله ، فلا یبعد حینئذ أن یکون وقوع التعلیل

(۱) الوسائل الباب -۹- من ابواب الربا الحدیث ۱-۳ (۲) المستدرك ج ۲ ص ۴۸۰

في الصحيح إقناعيا لرفع استبعاد المخالفين : وإلا فمثل هذه الزيادة غير قادحة ، للنص والإجماع هذا . وفي الوافي في بيان وجه هذه الزيادة : «لعل مراد السائل أن البر له ريع، فيه فضل لأنه يزيد إذا خبز، بخلاف السويق» انتهى وقد يكون المراد أنه إذا بيع أحدهما بالآخر كيلا، لأنهما من المكيلات ، فإن الحنطة تكون أثقل والسويق أخف، فيحصل الريع والزيادة في الحنطة ؛ بل لو بيعا بالوزن يحصل التفاوت في الكيل، وستعرف البحث في ذلك ، وأنه هل المعتبر التساوي فيهما ، أو يكفي فيه أحدهما وإن تفاوتا في الآخر وكيف كان فلا مجال لهذه المناقشة بعد النصوص والفتاوى ومعاقد الإجماعات كما هو واضح والله أعلم .

﴿وما يعمل من جنسين يجوز بيعه﴾ بغيرهما و﴿بهما﴾ مع التفاضل وعدمه ﴿و بكل واحد منهما﴾ لكن ﴿بشرط أن يكون في الثمن زيادة عن مجانسه﴾ بحيث تصلح لمقابلة الآخر مع الانفراد كما في المسالك ، أو ولو مع الانضمام كما يقتضيه اطلاق غيره ، والأوّل أحوط، وإن كان الثاني لا يخلو من قوة .

وعلى كل حال فلا خلاف أجده في شيء من ذلك نصاً وفتوى بل الاجماع بقسميه عليه ؛ كما ستعرف ذلك كله وغيره في «المسألة السادسة» إذ هي مع ما نحن فيه من واد واحد كما اعترف به في المسالك ضرورة عدم الفرق بين المعمول من جنسين وبين بيع الجنسين صفقة من غير عمل يقتضي تركيبهما في ذلك نعم عن السيد العميد أن كل مركب من شيئين أو أشياء كالزلابية والأشربة إذا لم يمكن انفصال أجزائه بعضها عن بعض، فهو كالشيء الواحد، لا يجوز التفاضل فيه وهو غريب، إذا فرض عدم الخروج بالتركيب إلى حقيقة أخرى خارجة عن الجنسين، بل و إن كان كذلك ، بناء على الاحتمال الذي ذكرناه سابقا في مسئلة لحوق الفرع بالأصل ، إذ الظاهر عليه هنا لحوقه بأصلهما ، فلا يجوز بيعه بجنس أحدهما، مع عدم الزيادة المقابلة، ويجوز معها وبهما معاً مطلقا ، ومنه المركب مثله ، فتامل جيّدا ، فإنه يمكن المنع من اللحوق هنا وإن قلنا به بالنسبة إلى جريان الرّبا، إلا أن الغرض منه التخلص من الرّبا،

وحينئذ فلا يجوز بيعه بمثله متفاضلا.

وعلى كل حال فلا يعتبر معرفة مقدار كل من الجنسين في صحّة البيع اكتفاء بمعرفة المجموع حتى في صورة البيع بجنس أحدهما، إذ يمكن فرض العلم بزيادة الثمن عمّا قابله من جنسه، وإن لم يعلم خصوص المقدار من ذي الجنسين بان يعلم مثلا ان المجانس لا يبلغ النصف، فيبيعه بقدر ثلثي المجموع مثلا، كما هو واضح. والله أعلم.

﴿واللحوم مختلفة﴾ في الجنس ﴿بحسب إختلاف أسماء الحيوان﴾ بلا خلاف بل في التذكرة الإجماع عليه، والاشتراك في اسم اللحم لا يقتضي الإتحاد، كالإشتراك في اسم الحيوان.

نعم ﴿لحم البقر والجاموس جنس واحد﴾ إجماعا في المحكي عن الغنية والتذكرة مؤيدا بما تقدم لهم في باب الزكاة و﴿لدخولهما تحت لفظ البقر﴾ لغة فالاختلاف حينئذ في العرف اختلاف أفراد لا حقيقة، وإن اختص كل منهما باسم فيه، فتوقف فاضل الريّاض فيه لذلك قال «وإن تجانسا لغة كما حكي في غير محلّه، بل لا وجه لما فرضه من اتحاد الجنس في اللغة واختلافه في العرف» ﴿ولحم الضان والمعز جنس واحد﴾. بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع في محكي الكتابين عليه، ﴿لدخولهما تحت لفظ الغنم﴾ الظاهر في أنه اسم للنوع الذي لا يقدح في اتحاد الحقيقة فيه مثل هذا الاختلاف كالانسان، بل في حواشي الشهيد «اللحم والكبد والقلب والكرش كله واحد» وفيها أيضاً «يجوز بيع اللبن باللحم، واللحم بالبيض لاختلاف المهية، بخلاف الدبس بالخلّ للاختلاف بالصفة لا غير واللحم والشحم مختلفان، أمّا الإليه والشحم، فالظاهر اتحادهما كما في الدروس».

﴿و﴾ لحم ﴿الابل عرابها وبخاتيها جنس واحد﴾ بلا خلاف أيضاً، والاجماع في محكي الكتابين عليه، لنحو ما عرفت، والبخاتيّ: بفتح الباء وتشديد الياء المثناة من تحت جمع بختيّ بضم الباء وتشديد الياء أيضاً: الابل الخراسانية قال الشاعر: «لبن البخت في

قصاع الخليج» ويخفف ويثقل ، وربما قيل انه معرب ، ﴿و﴾ الطيور اجناس مختلفة لغة وعرفاً ، لاختصاص كل منهما باسم ، وإن جمع الجميع اسم الطير بلا خلاف أجده في شيء من ذلك .

نعم في خصوص ﴿الحمام﴾ منه خلاف فقيل إنه ﴿جنس واحد﴾ كما هو خيرة الفاضل في التذكرة وغيرها ، والشهيد في الدروس والمحقق الثاني في جامعه ، للاشتراك في الاسم ، ولأنه أقرب إلى الاحتياط وقيل ﴿و﴾ هو الذي ﴿يقوى عند﴾ المصنف ﴿أن كل ما يختص باسم منه، فهو جنس على انفراده كالفخاتي والورشان﴾ وهو ظاهر التحرير أو صريحه ، ومنشأ الخلاف الشك في أن مقولية الحمام على ما تحته مقولية النوع على الاصناف ، أو الجنس على الأنواع ؛ فعلى الأوّل يحرم بيع بعضها ببعض مطلقا ، و على الثاني يختص كل نوع بحكمه ، ولما كان الوقوف على ذاتيات الحقايق عزيز جداً ، ولم يكن من جهة الشرع قاطع بشيء حصل الخلاف ؛ لكنك خبير أن الاطلاقات تقتضي الجواز مع الشك ، مضافاً إلى عدم مساعدة العرف بصدق الحمام على كثير مما ذكر أنه فرد له ، إذ المعروف عند معظم الفقهاء كما قيل أن الحمام كل طائر يعب الماء أو يهدر، فيدخل فيه القماري والدباسي والفواخت، سواء كانت مطوّقة أو لا، الفة أو وحشية ، بل عن الكركي أنه عرف عند أهل اللغة أيضاً ، لكن فيه أن المحكي عن اكثر كتب اللغة كالصحّاح وفقه اللغة وشمس العلوم والشامي وغيرها أنه كلّ مطوق ، وحكاه الأزهري عن أبي عبيدة عن الأصمعي.

وعن مصباح المنير: الحمام عند العرب كل ذي طوق من الفواخت والقماري و ساق حرا والقطا والدواجن والوراشين وأشباه ذلك إلى أن قال : والعامة تخص الحمام بالدّواجن ، وكان الكسائي يقول الحمام هو البري واليمام هو الذي يألف البيوت ، و الظّاهر أن التفاوت بينهما قليل أو منتف .

وعلى كل حال فالعرف لا يوافق شيئا مما سمعته عند أهل اللغة فلا ريب حينئذ في أن

الأحوط الاتحاد خصوصاً بعد قوله صلى الله عليه وآله (١) «ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال» بناء على شموله لمثل المقام وإن كان الذي يقوى التعدد بتعدد الأسماء ، والله أعلم ، بل ظاهر قول المصنف ﴿وكذا السموك﴾ أنه أيضاً أجناس متعددة بتعدد اسم كل واحد، بل هو صريح التحرير، ولكن يظهر من بعض مشايخنا أن المعروف كونه جنساً واحداً ، لشمول الاسم للجميع، والاختلاف بالعوارض لا يوجب الاختلاف بالحقيقة ، ويمكن إرادة ذلك من الإشارة في المتن وهو لا يخلو من قوة ، لكن لا ريب في أنه جنس مخالف لغيره من اللحم ، كما أن الجراد جنس مخالف لساير اللحوم البرّية والبحريّة .

وعلى كل حال ففي المسالك «الطير إنما يتصور الربا فيه إذا بيع لحمه وزناً ، أمّا لو بيع جزافاً فلا ، ولو بيع عدداً كما هو الغالب ففي ثبوت الربا فيه خلاف يأتي، والأقوى عدمه» قلت : ستعرف أنه لا يكفي في الربا أيضاً مطلق البيع وزناً وإن كان المتعارف في الزمن السابق بيعه جزافاً ﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿الوحشيّ من كل جنس مخالف لأهليّه﴾ كما نصّ عليه ؛ بل عن الغنية وجامع المقاصد وظاهر التذكرة و غيرهما الإجماع عليه ، بل عن موضع آخر من التذكرة ما هو كالصّريح في ذلك ؛ ولولا هذا الاتفاق لأمكن المناقشة في ذلك كما اعترف به في الرياض هذا وعن الخلاف والمبسوط أن ليس في الابل وحشي .

﴿والألبان تتبع اللحمان في التجانس والاختلاف﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل في التذكرة الإجماع عليه، فلبن الإبل جنس ولبن البقر جنس آخر كذي اللبن وقد يحتمل اتحاد الجنس في بعضها، وإن اختلف اللّحمان ، بل عن بعض العامّة أنها جميعاً جنس واحد . والله أعلم .

هذا ﴿و﴾ قد عرفت سابقاً أنه ﴿لا يجوز التفاضل بين ما يستخرج من اللبن وبينه كزبد البقر مثلاً، بحليبه ومخيضه واقطه﴾ لأنه فرعه بل لا يجوز التفاضل في الفروع نفسها

---

(١) البحار ج٢ص٢٧٢ الطبع الحديث

فضلاعن الفرع وأصله فلاحظوتأمل . ﴿والأدهان تتبع ماتستخرج منه ، فدهن السمسم جنس ، وكذاما يضاف إليه كدهن البنفسج والنيلوفر ﴾ لأن إضافته إليه لاتخرجه عن أفرادانواع الدهن ، فانه ليس مركبا منه ومما يضاف إليه بل هو عين الدهن يكتسب باختلاطه به مدّة خاصة ثم ينزع منه ﴿ودهن البزرجنس آخر﴾ كدهن اللوز ودهن الجوز وغيرها من الأدهان كماهو واضح ، ضرورة أن الاشتراك في الدهنية لا يقتضي الاتحاد في الحقيقة المعلوم اختلافها ﴿و﴾ كذا ﴿الخلول﴾ فإنها ﴿تتبع ما يعمل منه فخلّ العنب مخالف لخل الدبس﴾ وإن اشتركا معاً في الخلية ﴿ويجوز التفاضل بينهما نقدا﴾ كغيرها من المختلف ﴿و﴾ أمّا ﴿في النسيئة﴾ ففيه ﴿تردد﴾ وخلاف تقدم تحقيق الحال فيه سابقا إذالمقام فرد من افراد مختلف الجنس والله اعلم .

﴿الثاني﴾ من الامور ﴿اعتبار الكيل والوزن فـ﴾إذا كان المبيع والثمن كذلك مع اتحاد الجنس حرّم الربا فيهما اجماعاً بقسميه، وسنة وكتابا ، بل كاد يكون ضروريا، إنما الكلام في اشتراط ذلك فيه وقد عرفت سابقا اشتراط الجنسية ، أمّا التقدير بهما على معنى أنه ﴿لاربا الافي مكيل أوموزون﴾ فهو المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة ، بل عن الخلاف و مجمع البيان والتذكرة وظاهر الغنية والسّرائر الاجماع على عدم الرّبا في المقدر بالعدد؛ وإن كنت لم أتحققه فيما حضرني منها ، إلا أن الأصل والعمومات كافية في الجواز.

مضافا إلى النصوص المستفيضة إن لم تكن متواترة كالصحيح (١) المروي في الكتب الثلاثه «لا بأس بمعاوضة المتاع مالم يكن كيلا أووزنا» والخبر (٢) المنجبر بماسمعت «أن ماعدّعداً أولم يكل ولم يوزن فلا بأس به ، إثنان بواحد يداً بيد ، ويكره نسيئة» وموثق منصور بن حازم (٣) سال الصادق عليه السلام «عن البيضة بالبيضتين؟ قال: لا بأس ، والثوب بالثوبين؟ قال لا بأس والفرس بالفرسين؟ قال: لا بأس به، ثم قال: كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل

---

(١) الوسائل الباب -١٧- من ابواب الربا الحديث -٣-

(٢) (٣) الوسائل الباب -١٦- من ابواب الربا الحديث -٢- ٣

إذا كان من جنس واحد ، فإذا كان لا يكال ولا يوزن فليس به بأس إثنان بواحد» وخبره الاخر(١)«سألته عن الشاة بالشاتين ، والبيضة بالبيضتين ؟ قال: لا بأس ما لم يكن كيلا أو وزنا »وكذا (٢) سأله داود بن الحصين فأجابه بذلك أيضاً .

والخبر الذى قيل فيه أنه مروي في الكتب الثلاثة ايضا بستة طرق، منها الصحيح(٣)عن عبيد بن زرارة تارة، وعن زرارة أخرى عن الصادق عليه السلام «لا يكون الرّبا إلا فيما يكال أو يوزن» وصحيح زرارة أيضاً(٤)عن الباقر عليه السلام «البعير بالبعيرين ،والدّابه بالدّابتين يدا بيد ليس به بأس ، وقال: لا بأس بالثوب بالثوبين يدا بيد و نسيئة إذا وصفتهما» وسأل البصرى(٥) أباعبدالله عليه السلام «عن بيع الغزل بالثياب المنسوجة والغزل أكثر وزنا من الثياب ؟ فقال لا بأس»وسأله(٦) ايضاً«عن العبد بالعبدين والعبد بالعبد والدراهم؟قال : لا باس بالحيوان كله يداً بيد و نسيئة»وسأله(٧)سعيد بن يسار أيضاً«عن البعير بالبعيرين يدا بيد و نسيئة؟فقال: نعم لا بأس إذا سميّت الاسنان جذعين ، اوثنيين ، ثم امرني فخططت على النسيئة لان الناس يقولون لا»وموثق سماعة (٨)«سألته عن بيع الحيوان إثنين بواحد ؟ فقال : إذا سميّت الثمن فلا بأس» إلى غير ذلك من النصوص الدّالة على المطلوب .

فما في المقنعة وعن ابى علي وسلاّر من ان حكم المعدود حكم المكيل والموزون، فلا يجوز التفاضل في المتجانسين مطلقا نقدا او نسيئة واضح الضعف ،وإن كان قد يحتّج له بعد إطلاق حرمة الربا بصحيح(٩) محمد«سأل اباعبدالله عليه السلام عن الثوب الرديين بالثوب المرتفع ، والبعير بالبعيرين والدّابة بالدّابتين؟ فقال كره ذلك علي عليه السلام فنحن نكرهه، إلا ان يختلف الصنفان قال : وسألته عن الابل والبقر والغنم أو أحدهنّ في هذا الباب ؟ فقال : نعم فإنا

(١) الوسائل الباب -١٦- من ابواب الربا الحديث -١-
(٢) الوسائل الباب -١٧- من ابواب الربا الحديث ٢
(٣) الوسائل الباب -٦- من ابواب الربا الحديث ٣
(٤) الوسائل الباب -١٧- من ابواب الربا الحديث ١
(٥) الوسائل الباب -١٩- من ابواب الربا الحديث ١
(٦) (٧) (٨) الوسائل الباب -١٧- من ابواب الربا الحديث -٦-٧-١٥
(٩) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الربا الحديث ٧

نكرهه» وصحيح ابن مسكان(١) المروي في الفقيه مرسلا مقطوعاً قال : «سئل الصادق(ع) عن الرّجل يقول عاوضني بفرسي وفرسك وازيدك ؟ قال : فلا يصلح ، ولكن يقول اعطني فرسك بكذا وكذا واعطيك فرسي بكذا وكذا»

لكن فيه بعد تقييد الا طلاق بما عرفت ، عدم صدق اعتبار العدّ في ذلك، فيكون حينئذ مافي الخبرين مع معارضته بما سمعت، مخالفا للا جماع، ولعلّه لذا نفي الخلاف في المختلف عن بيع الثوب بالثوبين نقدا ، فلابدّ من عدم إرادة الحرمة من الكراهة ؛ ونفي الصلاحية ، اوعلى إرادة خصوص النسيئة منه ، لما في المقنعة لابأس ببيع مالا يكال ولا يوزن ، واحد باثنين واكثر من ذلك نقلا، ولا يجوز نسيئة كثوب بثوبين ، وبعير ببعيرين ، وشاة بشاتين ودار بدارين ، ونخلة بنخلتين يدا بيد نقدا ، وإن باع ذلك نسيئة كان البيع باطلا، ونحوه عن المراسم.

وفي النهاية «واما مالا يكال ولا يوزن فلابأس بالتفاضل فيه ، والجنس واحد نقدا، ولا يجوز ذلك نسيئة ، مثل ثوب بثوبين ، ودابة بدابتين ، ودار بدارين ، وعبد بعبدين، وما اشبه ذلك.. ، إلى ان قال في آخر المبحث.. ومايباع بالعدد فلابأس بالتفاضل فيه يداً بيد ؛ والجنس واحد ؛ولا يجوز ذلك نسيئة، مثل البيضة بالبيضتين، والجوزة بالجوزتين، والحلّة بالحلتين، وما أشبه ذلك» . ونحوه في المحكي عن العمّاني وابن الجنيد والخلاف في عدم جريان الرّبا في المعدود ، والمنع نسيئة في نحو ما عرفت .

وفي الوسيلة «السادس أي بيع المعدود بالمعدود ، ويجوز التبايع فيه متماثلا و متفاضلا، نقدا لا نسيئة، إذا كانا من جنس واحد، مثل بيع بيضة ببيضتين ، وجوزة بجوزتين، وحلّة بحلّتين» وفي الغنية «ويجوز بيع الحيوان بالحيوان متماثلا أومتفاضلا ، سواء كان صحيحا أو كسيرا نقدا ؛ ولا يجوز ذلك نسيئة ، في الظاهر من روايات أصحابنا و طريقة الإحتياط تقتضي المنع منه .»

---

(١) الوسائل الباب ١٧ ــ من ابواب الربا الحديث ــ ١٦

﴿و﴾ إلى ذلك أشار المصنف بعد ان ذكر أنه ﴿بالمساواة فيهما﴾ أي الكيل و الوزن في المكيل والموزون ﴿يزول تحريم الربويات﴾ إجماعا أوضرورة إذالم يكن في أحدهما زيادة عينية ، أو حكمية ، ولوأجلا، قال: ﴿فلو باع مالاكيل فيه ولاوزن متفاضلاً جازولو كان معدوداً، كالثوب بالثوبين والثياب، والبيضة بالبيضتين والبيض نقداً، و في النسيئة تردّد و﴾ لاريب في أن ﴿المنع أحوط﴾ خروجاً عن شبهة الخلاف المتقدم، وإن كان هو ضعيفاً بل في محكي التذكرة الاجماع على خلافه ' بل يمكن دعوى تحصيله، كما أن النصوص السابقة بين صريح وظاهر في جوازه ، والبأس المستفاد من مفهوم بعضها أعمّ من الحرمة ، على أنك قد سمعت ما في خبر سعيد بن يسار(١)

ومنه يعلم وجه الاقتصار في بعضها على اليد باليد ، وقد ظهر لك من ذلك أن الخلاف متحقق هنا في أمرين؛ أحدهما: إلحاق المعدود بالمكيل والموزون في جريان الرّبا كما هو صريح المقنعة ، والمحكي عن سلاّر وابي علي ، وثانيهما: المنع من البيع متفاضلا نسيئة ، وإن لم يكن معدودا ،كما سمعته من الشيخ وغيره ممّن لم يجر المعدود مجرى المكيل والموزون في الرّبا ، ولعلّ ذلك منهم إثبات حكم خاص للنسيئة ، لالأنه ربا او لأن الرّبا الممنوع فيه في النسيئة لاالنقد ، والظاهر ثبوت ذلك عندهم ، ولو في المعدود أيضا ،كما هو صريح النهاية أيضا وقد يطلق اسم المعدود على ما يشمل نحو العبد والفرس والدار، ومن هنا اشتبه على بعض الناس الحال في المقام والتحقيق ما عرفت .

وعلى كل حال فلا دليل معتبر على شيء من الدعويين بحيث يصلح لمعارضة تلك الأدلة ، لكن لا بأس بالقول بالكراهة في بيع المتجانس متفاضلاً نسيئة ، بل وغير نسيئة في المعدود وغيره ، خروجاً من شبهة الخلاف للفتوى والرواية ، بعد القول بالتسامح في الكراهة على هذا الوجه ، والله أعلم .

﴿ولاربا في الماء﴾ للاصل والاطلاق والنصوص السابقة ﴿لعدم اشتراط الكيل

---

(١) الوسائل الباب -١٧- من ابواب الربا الحديث -٧-

والوزن في بيعه﴾ وإن اتفق بيعه بأحدهما في بعض الأحوال أو الأمكنة أو الأزمنة ، نعم قيل إنه لا يباع سلفاً إلا وزناً، فلو اسلف ماء في ماء إلى أجل، احتمل أن يكون ربوياً ،لاشتراط الوزن فيه حينئذ ، وكذا الحجارة والتراب والحطب ، وفيه أن الوزن في السلم للضبط ، لا لأنه يعتبر في صحة بيعه ذلك ؛ فالاقوى عدم جريان الربا فيه ، حتى في السلم إذ لو سلم اعتبار الوزن فيه ، يمكن منع تحقق شرط الربا، بذلك ، ضرورة ظهور الأدلة في اعتبار ذلك في أصل بيعه ، لا في قسم خاص من البيع .

﴿و﴾ كذا الطين نعم ﴿يثبت في الطين الموزون كالأرمني على الأشبه﴾ لتحقق الشرط فيه ، والمراد به طين قبر ذي القرنين وعن المصباح أنه روي عن محمد بن جمهور القمي (١) عن بعض أصحابه «أنه سأل الصادق عليه السلام عن الطين الأرمني يؤخذ للكسر أيحل أخذه قال : أما إنه طين قبر ذي القرنين وطين قبر الحسين عليه السلام خير منه» وعن مكارم الاخلاق(٢) أنه أرسل عنه عليه السلام «أنه سئل يؤخذ الطين الارمني للكسر والمبطون؟ فقال : نعم» الحديث وعن الإيضاح في باب المطاعم نفي الخلاف عن جوازا كله لدفع الهلاك فكان دواء يباع وزنا ، وأما الخراساني فأكله حرام فإن بيع لغرض صحيح بني ثبوت الربا فيه على دخول الاعتبار وعدمه ، ولا تلازم بين حكم أكله وحكم بيعه ، وإن حكى عن الشيخ والقاضي أنه أطلق حرمة بيع الطين الماكول ، بل عن الخلاف الاجماع على ذلك . والله أعلم .

﴿و﴾ حيث عرفت اشتراط الكيل و الوزن في تحقق الربا في المعاوضة ، فينبغي أن يعلم أن ﴿الاعتبار في ذلك بعادة الشرع ، فما ثبت أنه مكيل أو موزون في عصر النبي صلى الله عليه وآله بني عليه﴾ حكم الربا إجماعاً محكيا في التنقيح إن لم يكن محصلا ،وإن

---

(١) الوسائل الباب ـ ٦٠ من ابواب اطعمة المحرمة الحديث ٣

(٢) الوسال الباب ـ ٦٠ من ابواب الاطعمة المحرمة الحديث ـ ٣

تغير بعد ذلك ، بل فيه إيضاً أنه ماعلم أنه غير مكيل و لا موزون في عصر النبی صلی الله علیه وآله فليس بربوی إجماعاً ، ومقتضاه و إن كيل أو وزن بعد ذلك ، وكان الوجه فی الامرين بعد الاجماعين المعتضدين بالتتبع ـ الاستصحاب السالم عن معارضة قاعدة «دوران الحكم المعلّق على الوصف مداره وجوداً و عدماً »بعد تخصيصها بغير المقام ، ولو للاجماع السابق ، أولأنها حيث يكون التعليق على الوصف المعلوم مناسبته، أولأن المراد منها زوال الحكم عن الفرد الفاقد للوصف من أصله ، لاالذی تلبس به ثم زال عنه ، أولغير ذلك ، مما يشترك فی كون المدار هنا على ماعرفت ، من أن وجود الكيل والوزن فی ذلك العصر كاف فی تحقق الربا كما ان الجزافيّة مثلافيه تكفی فی تحقق عدمه.

فتحصل أن المدار المتّصف بكل منهما فی ذلك الزمان ، وفی مضمر علی بن ابراهيم الطويل(١) ولاينظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامة ولا يؤخذ فيه بالخاصة فإن قوماً يكيلون اللحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم ، لأن أصل اللحم أن يوزن ، وأصل الجوز أن يعدّ» وهو مؤيد بما ذكرنا في الجملة،ولعلّ العلم باتفاق البلدان فی هذا الزمان على أحدهما ، مع عدم العلم بالحدوث ، بل اتفاق بعضها مع عدم العلم بخلاف الباقي كاف ،في اثباته فيه ، لأصالة عدم التغير والانتقال من صفة اخرى .

وإليه أشار المصنف بقوله «وما جهل الحال فيه ،رجع إلى عادة البلد» «وأمّا» «إن اختلفت البلدان فيه» على وجه لم يعلم عادة عصره صلی الله علیه وآله ، فالمشهور بين المتاخرين بل لعل عليه عامّتهم أنه «كان لكل بلد حكم نفسه» ،وهو المحكي عن المبسوط والقاضي معللين له بالأصل في الجملة ،وأن المعتبر العرف والعادة عند عدم الشرع ،وكما أن عرف تلك البلد التقدير فيلزمه حكمه عرف الآخر الجزاف مثلا فيلزمه حكمه صر فاللخطاب إلى المتعارف من الجانبين ، ورداًللناس إلى عوائدهم ،كما في القبض والحرز والاحياء وإلزام الخطاب

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الربا الحديث ١٢

بمالايفهم ، فيكون قد قام العرف الخاص مقام العام عند انتفائه ، وهومخالف لما سمعته من خبر علي بن ابراهيم (١) ويجب تقييده أيضا بما إذا لم يعلم سبق الاختلاف بالاتفاق، فإن المتجه حينئذ عدم الرّبا ، وإن لم يعلم أن الاتفاق كان على عدم التقدير، ضرورة الاكتفاء في نفي الحرمة باحتمال عدم التقدير، للأصل وغيره.

أمّا إذا لم يعلم فقد يتجه ذلك ؛ لكن لا لما ذكروه ، بل لاستصحاب هذا الحال إلى زمن الخطاب ، فينساق الذهن حينئذ إلى أن لكل بلد حكم نفسه ، إذ هو صادق عليه اسم التقدير وعدمه ، والاول علّة للرّبا كما أن الثاني علّة لعدمه ، فإعمالهما معاً بعد عدم الترجيح بينهما يقضي بذلك ، وليس ذا من تنزيل اللفظ على العرف الخاص المتعدد الذى هو واضح البطلان ،كما حررّ في الاصول ؛ ضرورة أن الاختلاف بين البلدين مثلا بالتقدير وعدمه ، لا في معنى اللفظ ـ و بينهما بون ،كما أن الحكم المزبور لاينافي ما تقدم سابقا من الاكتفاء في جريان حكم الرّبا بسبق التقدير وإن زال ، القاضي بعدم دوران الحكم مدار الوصف ، وإلا لانتفى بانتفائه ، إذ هو هنا أيضا كذلك ، فإنه وإن أعطينا كل بلد حكمه ، لكن ليس لدوران الحكم على الوصف وجودا وعدما ، بل لدورانه على أصل ثبوت الوصف كما في سابق التقدير، فيجرى حينئذ حكم الرّبا في بلاد التقدير وإن زال ، ولايجرى في بلاد الجزاف وإن قدّر ، بناء على أن ذاك كذلك في المعلوم حاله في عصر النبي صلى الله عليه وآله.

نعم قد يشكل ذلك بأن المختلف في بلدين مثلا لايدخل تحت إطلاق أحد الخطابين ، لأنه مصداق لكلّ منهما، فقضية الأصل عدم حرمة الرّبا ورُبما يؤيده خبر علي بن ابراهيم (٢) السابق إلا أني لم أجد قائلا به هنا بل ولا من احتمله ، وبمنع مثل ذلك في الشرع إذ المعلوم منه أن الاشياء منها مالايصح بيعها إلا بالتقدير، ولتوقف رفع

(١) (٢) الوسائل الباب ـ١٧ـ من ابواب الربا الحديث ـ١٢

الجهالة عليها ومثلها لا ينبغي إختلاف البلدان، بل لابدّ من الحكم بفساد فعل فاقدة التقدير، ومنها لا يعتبر فيها ذلك، فيجوز بيعها مقدرة و بلا تقدير واختلاف البلدان في هذه بان كان التعارف في بعضها التقدير و في الاخر العدم، غير قادح في عدم الربا فيها، لعدم اشتراط صحة بيعها بالتقدير، فيجوز بيعها بدونه في بلاد التقدير، فلم يتحقق شرط الرّبا، ودعوى إمكان توقف رفع الجهالة على التقدير في بلاد دون اخرى، يمكن منعها حينئذ فمفروض المسألة حينئذ لابد وأن يكون من الثاني، حملا لأفعال المسلمين على الصحّة، فلا يجري فيه الرّبا، بل احتمال ذلك فيه كاف في رفع الحرمة ولكن قد يدفع ذلك كله وغيره بالاجماع المركب إن لم يكن البسيط، إذ الأقوال في المسألة ثلاثة أشهرها ما عرفت.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في النهاية وسلار فيما حكي عنه ﴿ يغلب جانب التقدير ويثبت التحريم ﴾ حينئذ ﴿ عموماً ﴾ من غير فرق بين بلد الكيل والوزن والجزاف، وعن فخر المحققين أنه قواه، ولعله لصدق التقدير، وإن كان يعارضه صدق عدمه، وكما أن الاول مناط الربا، كذلك الثاني مناط عدمه، وأصالة الجواز المستفادة من إطلاق الادلة وعمومها تقتضي الجواز، ولا يعارضها إطلاق حرمة الربا بعد تقييده باشتراط الوزن والكيل.

وقيل والقائل المفيد: إن تساوت الأحوال فيه غلب جانب التقدير، و الأرجح الأغلب، ولعل المشكوك عنده من المتساوي ترجيحاً له بغلبته على غيره، بخلاف الأول الموافق جريان الربا فيه للاحتياط، ولقوله ﷺ (١) «ما اجتمع الحرام والحلال إلا وغلب الحرام، الحلال» لكن لا يخفى عليك عدم وجوب مراعاة الاول عندنا، وعدم تناول الثاني لما نحن فيه.

نعم يؤيد القولين معاً ما ذكرناه من أنهما موافقان لعمومية الحكم وأن الشيء إما ربوي أولا، لا أنه ربوي في مكان دون آخر، بل قد يظهر من بعضهم أنه كذلك في الزمان أيضا، لكن ومع ذلك فالوقوف على المشهور أولى، وإن كان الاحتياط

---

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

لاينبغي تركه؛ خصوصاً بعدأن حكى الميل إلىقول المفيد جماعة من المتاخرين والله اعلم.

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿المراعى فى المساوات﴾ المسوغة لبيع المتجانس كيلا أووزنا ﴿وقت الابتياع﴾ فيجوز حينئذ بيع كل ماله حالتا رطوبة وجفاف، بعضه ببعض مع تساوى الحالين، كالرطب بمثله والعنب بمثله، والفواكه الرطبة بمثلها، واللحم الطرى بمثله، والحنطة المبلولة بمثلها، والتمر والزبيب والفاكهة الجافة والمقدد والحنطة اليابسة كلواحد بمثله، بلا خلاف أجده فيه، بل فى التحرير القطع به الجاري مجرى الإجماع، بل عن نهاية الأحكام نسبته إلى علمائنا للاصل السالم عن معارضة التفاضل حالة العقد، ولانه وجد التماثل فيهما فى الحال على وجه لاينفرد أحدهما بالنقص كبيع اللبن باللبن.

وكذلك جميع الاشياء الرطبة بعضها ببعض سواء كان لها حالة جفاف أولا، كالرطب الذى لايتمر، والعنب الذى لايزبب، والبطيخ ونحوه، وكذا بيع اليابس بمثله، فيندرج حينئذ فى جميع ماتقتضى الجواز، كما أنه يخرج عمايقتضى المنع بل ماتسمعه من نصوص (١) المسألة الاتية ظاهرة في الجواز فيه، لكنه قديقال بوجوب تقييد ذلك بماإذا لم تختلف كيفية الرطوبة بمالايتسامح في مثله بالعادة، وإلاكان إلحاقه بالمسأله الاتية أي بيع الرطب بالجاف أولى، بل قد يناقش فى الجواز فى غيره أيضا بفحوى ما تسمعه من النصوص الاتية، الدالة على منع بيع ما ينقص إذا جف بجنسه الجاف؛ معللة له بذلك، ضرورة إقتضائها الحرمة بعدم المساوات المتاخرة عن وقت الابتياع، فهى حينئذ شرط فى الجواز، و الشك فيها شك فيه، ومع فرض رطوبة العوضين معاً لم يعلم مساواتهما بعدالجفاف قطعاً، لاحتمال زيادته فيواحد دون الاخر، اللهم الاأن تدفع بمنع اقتضاء تلك النصوص شرطية

---

(١) الوسائل الباب ١٤ من ابواب الربا

المساواة على الوجه المزبور ، بل أقصاها الحرمة بتحقق النقصان عند العقد ، وهو منتف في الفرض قطعاً ، لاحتمال المساواة في الواقع .

نعم لو علم حال البيع بنقصان أحدهما من الآخر بعد الجفاف، اتجه الإلحاق بالمسألة الآتية ؛ أما إذا لم يعلم وقت الإبتياع فلا معارض لما يقتضي الصحة من النصوص وغيرها، بل مقتضى إطلاقها ذلك وإن تحقق النقصان متأخراً عن وقت الابتياع ، وإن كان لا يخلو من تامل في الجملة ، بل خيرة المصنف تبعاً للمحكي عن الشيخ في مبسوطه وخلافه و ابني زهرة وإدريس وكاشف الرموز الاكتفاء بالمساواة وقت الابتياع ، وإن علم النقصان حاله بعد ذلك .

﴿فلو باع لحماً نياً بمقدد متساوياً جاز، وكذا لو باع بسرا برطب ، وكذا لو باع حنطة مبلولة بيابسة ، لتحقق المماثلة﴾ فيخرج عما دل على حرمة الربا ، و يدخل فيما دل على الجواز ، بعد عدم حجية منصوص العلة في غير ذي العلة ، ﴿وقيل بالمنع﴾ والقائل القديمان والشيخ في موضع من المبسوط ، والوسيلة ، والتذكرة ، والتحرير ، ونهاية الأحكام ، والإرشاد ، والمختلف ، والقواعد ، واللمعة ؛ والمقتصر والمهذب ، والتنقيح ، وإيضاح النافع ، والميسية ، والمسالك ، والروضة ، والدروس ، على ما حكي عن بعضها ، بل في التذكرة أنه المشهور ، وفي التنقيح وعن إيضاح النافع أن عليه الفتوى ، ﴿نظراً إلى تحقق النقصان عند الجفاف﴾ فلا تجدي المساواة وقت الابتياع ؛ وقد أرسله العامة والخاصة في كتب فروعهم عن النبي صلى الله عليه وآله (١) «انه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال : أينقص إذا جف ؟ فقيل له: نعم ، فقال: لا اذاً » وكان سؤاله مع العلم بالحال، لبيان الوجه في التحريم وقد قال : الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي (٢) «لا يصلح التمر اليابس بالرطب من أجل أن التمر يابس والرطب رطب فاذا يبس نقص» و

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٤٨٠

(٢) الوسائل الباب -١٤- من ابواب الربا الحديث ١-

في خبر داود بن سرحان (١) لا يصلح التمر بالرطب ، إن الرطب رطب ، والتمر يابس فإذا يبس الرّطب نقص» وخبر داود الأبزاري (٢) الذي يقرب من ذلك» والباقر عليه السلام في خبر محمد بن قيس (٣) أن أمير المؤمنين عليه السلام كره أن يباع التمر بالرطب عاجلا بمثل كيله إلى أجل من اجل أن التمر ييبس فينقص من كيله» بناء على إرادة الحرمة من نفي الصّلاح والكراهة في باب الربا ، لكثرة التعبير بهما عنها فيه خصوصاً في نحو المقام الذي قد عرفت شهرة الأصحاب عليه ، وخصوصاً بعدما ورد (٤) في نحو ذلك من أن عليّاً عليه السلام لا يكره الحلال ، بل في صحيح الحلبي ما يشهد لإرادتها منه ، كما لا يخفى.

والمناقشة في حجّية العلّة في غير موردها واهية ، كما حرّر في الأصول ، بل هي هنا في صحيح الحلبي كالصّريحة في التعميم، «و» يعلّل المنع مضافا «إلى» ذلك ، بـ«انضياف أجزاء مائية مجهولة» فمقابله أزيد منه بالنسبة إلى أجزائه فعلا فلا مساواة حال الابتياع حينئذ.

لكن قد يناقش فيه بأنه إنّما يتم في ذي البلل العرضي كالحنطة المبلولة ؛ لا في مثل العنب ونحوه مما كان الماء فيه أحد أجزائه ، ومن ثم فرّق في المحكي عن موضع من المبسوط بين الحنطة المبلولة وغيرها ، فمنع فيها دون نحو العنب بالزبيب ، وعلى كل حال فلا ريب في أن المنع مطلقا أقوى ، «و» منه يعلم أنه لا ينبغي أن يكون «في بيع الرطب بالتمر» في غير العريّة «تردّد» كما وقع من المصنف اذ هو مورد العلّة المزبورة ، وإن قال «والأظهر اختصاصه بالمنع اعتمادا على أشهر الروايتين» رواية وعملا ، بل هو المشهور بين الأصحاب نقلا وتحصيلاً ، بل في الغنية وعن الخلاف الاجماع عليه ، وهما الحجّة بعد النصوص السابقة التي لا وجه للمناقشة فيها باحتمال حملها

(١ و٢ و ٣) الوسائل الباب -١٤- من ابواب الربا الحديث -٦-٧-٢ .

(٤) الوسائل الباب -١٥- من ابواب الربا الحديث-١

علی النسیئة المتفق علی منعها فیه ،کمافي التحریر استنادا إلی خبر محمد بن قیس (۱) منها ، ضرورة ظهور شمول مفهوم التعلیل للنقد والنسیئة ، ولو أرید الثانی لکان اللازم التعلیل بها ، علی أنه لو سلّم دلالة خبر محمد بن قیس علی ذلک فلا دلالة فیه علی العدم في النقد . کی ینافی غیره من النصوص الذی یراد حملها علیه ،کما أنه لاوجه للمعارضة بالأصل والاطلاقات التی یکفی فی تخصیصها الأقل من ذلک .

وبموثق سماعة (۲) قال «سئل ابو عبدالله (ع) عن العنب بالزبیب قال لا یصلح إلا مثلا بمثل قال والتمر بالرطب مثلا بمثل» المؤیّد بخبر ابی الرّبیع (۳) فی الجملة « قال لابی عبدالله علیه السلام ماتری فی التمر والبسر الاحمر مثلا بمثل؟ قال: لا بأس قلت فالبختج والعنب مثلاً بمثل؟ قال: لا باس» القاصرین عن المعارضة من وجوه بل قد یحتملان بل قیل: انه الظاهر إرادة المماثلة بوصفی الرطوبة والیبوسة ،فیکون کل منهما حینئذ مشعراً بالمنع مع المخالفة ؛ بل ربّما احتمل فی الموثق حمله علی عنب یابس أو زبیب رطب ، و التفاوت الیسیر غیر قادح کبیع العسل بالعسل قبل التصفیة ، واللحم الطرّی بمثله ، بل فی الکافی قلت: والتمر والزبیب قال: مثلاً بمثل فیکون خارجاً عما نحن فیه ،کما أن خبر أبی الربیع کذلک إذ لیس فیه بیع الرّطب بالتمر .

نعم أقصاه المنافاة لتعدیة العلّة ، وقد یحتمل إرادة الرطب من التمر ، فیکون حینئذ من قبیل بیع ذی الحالتین مع التساوی فیهما ، والمراد بالبختج فیه عصیر العنب المطبوخ بالنار، و بالعصیر ذلك قبل أن تمسّه النار کما قیل، ولعله ممّا ینقصه التجفیف؛ لاالجفاف بنفسه ، وستسمع الحال فیه کل ذلك مع ندرة الخلاف،لانحصاره فیما أجد فی المحکي عن الاستبصار الذی لم یعد للفتوی ، وموضع من المبسوط ، وابن إدریس فجوّزاه علی کراهیة ، بل قال الثانی منهما : أن مذهبنا ترك التعلیل والقیاس ، لأنه

(۱و ۲و ۳) الوسائل الباب -۱۴- من ابواب الربا الحدیث -۲- ۳-۵

كان يلزم عليه أنه لا يجوز بيع رطل من العنب برطل من الزبيب ، وهذا لا يقول به أحد من أصحابنا بغير خلاف ، وهو كما ترى.

نعم تبعهما بعض متاخري المتاخرين ولو زاد في الرطب بما يساوي نقيصة الجفاف لم يرتفع المانع ، سواء كانت الزيادة من الجنس أو المخالف لفوات التساوي حال الابتياع، كما أنه كذلك لو نقص في التمر، وفي التحرير الإتفاق على منع بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً ، نعم لو نقص الرطب وضمّ إليه من غير جنسه وباعه بالتمر صح ، ولو فرض زيادة أحد العوضين على حال الابتياع من غير نقيصة للآخر جاز بعد احراز المساواة حال البيع ، للأصل والاطلاقات السالمة عن معارضة تعدية العلة ، اللّهم إلا أن يدعى ظهورها في إرادة المثال ، ولو كان النقصان بالجفاف يسيراً لقلّة العوضين جرى عليه حكم الربا في وجه ، لكونه ممّا لا يتسامح فيه حال الكثرة ، وربّما يؤمي إليه ترك الاستفصال في منع بيع الرطب بالتمر ، كما أن المتسامح بحال الكثرة لا يقدح في القلة وإن تفاحش ، وقد يقوى في النظر ملاحظة أشخاص الأعواض في ذلك ، ولو كان ممّا ينقصه التجفيف لا الجفاف أمكن الإكتفاء بالمساواة حال البيع ، إذا لم يكن معظم الإنتفاع به متوقفاً على التجفيف ، أو أنه متخذ عادة لذلك ، وكذا يكتفي بالمساواة في وجه لو كان ممّا يعود نقصه ، لاعتياد رشّ الماء عليه والله أعلم .

﴿ فروع ﴾

﴿الأوّل : إذا كانا﴾ أي العوض والمعوض ﴿في حكم الجنس الواحد وأحدهما مكيل والآخر موزون كالحنطة والدقيق فبيع أحدهما بالآخر وزناً جايز﴾ مع التساوي وإن تفاوتا بالكيل وفاقاً للمحكي عن المبسوط والسرائر والقاضي ، وبه صرّح في التحرير والمسالك وغيرهما ، للإطلاقات وصدق بيع المثل بالمثل ، وفي صحيح زرارة (١) «الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لا باس به» وقال محمد بن مسلم (٢) للباقر (عليه السلام) في

(١ و٢) الوسائل الباب -٩- من ابواب الربا الحديث -٢-١- وفي الاخير باختلاف يسير

الصحیح «ماتقول فی البرّ بالسویق فقال : مثلاً بمثل لاباس به ، قلت إنه یکون له ریع فیه فضل فقال ألیس له مؤنة ؟ قلت: بلی قال : هذابهذا» وقال الصادق عليه السلام فی مرسل صفوان (۱) «الحنطة والدقیق لاباس به رأساً برأس » وسأله أبوبصیر (۲) أیضاً «عن الحنطة بالشعیر والحنطة بالدقیق فقال : إذاکانا سواءفلابأس ، وإلّافلا » مضافاً إلی أصالة الوزن للکیل وأنّه أضبط وأشدّ رفعاً للغرر والجهالة منه ، ﴿و﴾ لذالم یتردّد المصنف فی الجواز .

أمّا ﴿فی الکیل﴾ بمعنی بیع أحدهما بالاخر کیلاً مع التساوی فیه وإن تفاوت فی الوزن فقال فیه ﴿تردّد﴾ من إطلاق النصوص السابقة، ولأنّ الکیل أصل للحنطة فیستصحب فی فروعها، ومن أنّ الوزن أضبط وأنه أصل للکیل ، ولذا المقدر بالوزن لایباع کیلاً ، لعدم ارتفاع جهالته به ، وللشك فی صدق إطلاق المثلین مع تفاوت الوزن ؛ ولأن من أفرادهذه القاعدة مالا یمکن فیه القول بالکیل ، کالحنطة بالخبز ﴿و﴾ السّمسم بالشیرج.

ف ﴿ الاحوط﴾ حینئذ ﴿تعدیلهمابالوزن﴾ الذی هوالأصل خروجاً عن خلاف المبسوط وابن البرّاج ، حیث قالافی مفروض المسألة : لایباع إلّاوزناً ، وإن مثّلاه بالحنطة والخبز ، بل ظاهرهما انّه لیس الحنطة والدقیق منه ، ولذاذکر أولهما أنّ الاحوط فیهمابیعهما بالوزن ، ثم عقّبه بحکم ما نحن فیه جازماً بما سمعت ، وفی المختلف «أن الحنطة من المکیلات وکذا الدقیق لأنّ أصله من الحنطة ، وهی مکیلة فلایباع أحدهما بالاخر الابالکیل ولایباع بالوزن والاجاء الرّبا ، لایقال : إذابیعا بالکیل حصل الرّبا أیضاً ، لأن الحنطة أثقل من الدقیق ، فیحصل التفاوت فی الوزن، وهو عین الرّبا ، لأنانقول لااعتبار بالتفاوت فی المیزان فی المکیل.

ثم روی زرارة فی الصحیح (۳) إلی آخره ومحمدبن مسلم (۴) إلخ وإنّما تتحقق

(۱ و ۲) الوسائل الباب ـ۹ـ من ابواب الربا الحدیث ـ۵ـ۶ وذکر صدره فی الباب ۸ ـالحدیث ۳

(۳و ۴) الوسائل الباب ـ۹ـ من ابواب الربا الحدیث ـ۳ـ۲

المتماثلة بالتساوي في المقدار الذي جعله الشارع معياراً لهما وهو الكيل ، وإن اختلف في غيره ممّا لم يجعله معياراً ، وقول الشيخ أن الاحوط الوزن ، لأن الدقيق أخفّ من الحنطة غير جيّد ، لأنه من هذه الحيثية كان الأحوط الكيل ، إذ تساويهما في الوزن يقتضي التّفاضل بينهما فيما جعله الشارع معياراً لهما وهو الكيل الذي نهي عنه، وتساويهما في الكيل يقتضي تماثلهما فيما جعله الشارع معياراً لهما الذي أمر به ، وإن اختلفا فيما سواه .

قلت: لكن هذا كلّه خروج عمّا نحن فيه من بيان حكم ما لو اختلف ماهو كالجنس الواحد في التقدير و دعوى إمتناع ذلك لتبعية الفروع للأصول كما يؤمي إليه أوّل كلامه ، واضحة المنع ، وربّما كانت هي منشأ قوله بأن الدقيق مكيل، وإلا فالمنقول أنه موزون ، وربّما كان في صحيح ابن مسلم(١) إيماء إليه بناء على أنّ الفضل في الحنطة عليه ، إنّما يكون بالوزن بل في بعض نصوص دقاطعة الطحان (٢) التصريح باعتباره بالوزن ،كما أنّ فيه اعتبار الحنطة به ، ولا ينافيه معلومية اعتبارها بالكيل، إذ يمكن أنها كانت تعتبر بهما .

وكيف كان فالظاهر عدم الخلاف في مفروض المسألة، لا في مثالها في عدم جواز البيع بالكيل ، وتردّد المصنّف والفاضل في التحرير ليس قولاً بل لم أجد من احتمله غيرهما : بل اقتصر الثاني منهما في القواعد على احتمال تحريم البيع بالكيل والوزن للاختلاف قدراً وتسويغه بالوزن ، لكن في المسالك عن الفاضل انّه اعتبر الكيل فيما هو أصله ،و استحسنه هو، وفيه مع انه لا يتم في نحو الحنطة بالخبز ،أنه لا مدخلية لكيل الأصل في ذلك، وعن السرائر نفي الخلاف عن عدم جواز بيع الموزون مكيلاً .

والتحقيق في المسألة مبني على تحقيق مسألة أخرى ، وهي جواز بيع الموزون مكيلا و بالعكس وعدمه ، فعن المبسوط إذا كان عادة الحجاز على عهده صلى الله عليه وآله

(١و٢) الوسائل الباب -٩- من ابواب الربا الحديث ٣ وذيله

وسلّم في شيء الكيل لم يجز إلّا كيلا في ساير البلاد ؛ وماكانت فيه وزناً لم يجز فيه إلا وزناً بلاخلاف في ذلك كله ، قيل: وظاهره بين المسلمين واحتمل في جامع المقاصد في ذلك ثلثة إحتمالات .

الأوّل -الجواز مطلقا لاندفاع الغرر والجهالة بذلك ، واعتبار الشارع له بالكيل مثلاً لايقضي بعدم حصول العلم بدونه ، مضافا إلى أصالة صحّة البيع ، ثم أجاب عمّا لعلّه يوردهنا من منع بيعه بجنسه كذلك ، بأن ذلك إنّما هو لأجل الحذر من التفاوت ، لالحصول الجهالة ، الثاني- عدم الجواز مطلقا ، لأن كلا من المعيارين بالاضافة إلى ماعلم بالاخر غير محصل للعلم بالمقدار فلايندفع به الغرر، ثم قال :وفيه منع الثالث- التفصيل بجواز بيع المكيل موزونا دون العكس ، قال: ويظهر من التذكرة إختياره ، و المستندفيه أن الوزن أصل المكيل ، ولم يثبت مرادهم منه ، فإن أرادوا أن الكيل طار على الوزن فغير واضح ، لأن المفروض أن المكيل لم يكن موزوناً ، وإن أرادوا أن الوزن أدلّ على المقدار، فغير ظاهر أيضاً، لأن مقدار معيار الكيل إنما هو باعتبار حجمه لاباعتبار ثقله وخفته ، وإن أرادوا أغلبيته في أكثر الأشياء ، فيكون الأصل بمعنى الراجح، فشرعاً غير معلوم، والعرف لايرجع إليه فيما ثبت حكمه شرعاً، هذا كله في غير البيع بالجنس.

أمّا فيه فقد صرّح غير واحد بوجوب ذلك الاعتبار فيه فلايباع المكيل بجنسه إلامكيلا ، وكذا الموزون ، وإن قلنا بالجواز في غيره ، بل قيل إنه مجمع عليه في الظاهر، قال في التذكرة:«ماأصله الكيل يجوز بيعه وزناً سلفاً ومعجلاً ، ولايجوز بيعه بمثله وزناً ، لأن الفرض في السّلف والمعجل تعيين الجنس ومعرفة المقدار ، وهو يحصل بهما ، والفرض المساواة فاختصّ المنع في بعضه ببعض به .

وفي المختلف «قال ابن ادريس : يجوز أن يسلف في المكيل من الحبوب و الأدهان وزناوفي الموزون كيلاً إذا كان يمكن كيله ؛ ولايتجافى في المكيال ، ولا يجوز بيع الجنس الواحدفيما يجري فيه الربا بعضه ببعض وزنا إذاكان أصله الكيل ، و

لاكيلا إذا كان أصله الوزن . والفرق أن المقصود من السلّم معرفة مقدار المسلم فيه ،حتى يزول عنه الجهالة ، وذلك يحصل بأيهما قدّر من كيل أو وزن ، وليس كذلك ما يجري فيه الربا فإن الشارع أوجب علينا التساوي والتماثل بالكيل في المكيلات وبالوزن في الموزونات ، فإذا باع المكيل بعضه ببعض وزناً فإذا رد إلى الكيل جاز أن يتفاضل لثقل أحدهما وخفة الاخر ، فلذلك افترقا ، ، ويجوز بيع المكيل بالوزن ، ولا يجوز بيع الموزون بالكيل ،» وعن المبسوط في باب السّلم «لا يجوز بيع الجنس الواحد فيما يجري فيه الرّبا بعضه ببعض وزناً ، إذا كان أصله الكيل ، ولا كيلاً إذا كان أصله الوزن»

وفي القواعد «هنا لا يجوز بيع الموزون بجنسه جزافاً ولا مكيلا ولا المكيل جزافاً ولا موزوناً» وفي باب السلم تردد في جواز السلف في المكيل موزوناً وبالعكس ، وفي المختلف هنا « الاقرب عندي أن المكيل لا يباع بعضه ببعض بالوزن مع احتمال التفاوت ، وكذا العكس » إلى غير ذلك من كلماتهم المتفرقة، لكن في المسالك في شرح قول المصنف فيجوز بيع المتجانسين وزناً بوزن نقداً« هذا إذا كان اصلهما الوزن ، أما لو كان أصلهما الكيل ففي الاكتفاء بتساويهما وزناً خاصه نظر من كون الوزن أضبط حتى قيل : إنه أصل للكيل ، ومن ورود الشرع و العرف بالكيل ، فلا يعتبر بغيره ، وظاهر كلام المصنف إختيار الأول ، وهو متجه ، ونقل بعضهم الاجماع على جواز بيع الحنطة والشعير وزناً ، مع الإجماع على كونهما مكيلين في عهده صلى الله عليه وآله وسلم .»

قلت وعن التذكرة أيضاً إجماع الامة على أنهما والملح والتمر كانت مكيلة في عهده صلى الله عليه وآله وسلم؛ قال: «فلا تباع بعضها ببعض الامكيلة ، ولا يجوز بيع شيء منها بشيء آخر من جنسها وزناً» ونحوه قال : في الموزون أيضاً، قلت: التحقيق في أطراف المسألة أنه لاريب في أن الإطلاقات تقتضي صحة البيع مع تعارف الكيل في الموزون أصلا و بالعكس ، ولا دليل يدل على وجوب اعتبار أصله صالح لتقييدها ، بل السيرة القاطعة على بيع ما ذكروا أنها مكيلة في عهده بالوزن ،عاضدة لها ، بل لعل دليل الغرر والجهالة

يقضي بعدم جواز البيع بالاعتبار الاصلي، بعد أن كان المتعارف غيره، ضرورة حصولهما به بعد نسخ الأصل ورفضه، وإن كان قد لوحظ في ابتداء التعارف حتى يصح البيع.

ومنه يعلم أنه لا يجوز بيع ما كان المتعارف كيله بالوزن حال تعارف كيله وبالعكس ضرورة حصول الجهالة والغرر بذلك، إذ الوزن لمتعارف الكيل مثلا كالمكيال المجهول وكالوزن بصخرة مجهولة ودعوى أصالة الوزن للكيل قد عرفت المراد بها، وعدم ثبوتها على وجه يجدي.

فتحصل أن الاقوى اعتبار التعارف فـي ذلك، وهو مختلف باختلاف الازمنة والامكنة، ولا فرق في ذلك بين البيع بالجنس وغيره، فالموزون الذى كان يتعارف كيله في السابق يجرى فيه الربا باعتبار الوزن لعدم صحة بيعه كيلا على ماذكرنا، وكذا المكيل، والتساوى والتفاضل المذكور في الادلة ينصرف إلى ما تعارف من الاعتبار لذلك البيع، كما هو واضح.

أللهم إلّا أن يقال: انه بالنسبة إلى رفع الربا يعتبر التساوى بالمعيار الأصلى، وإن كان لا يباع إلا بالوزن فيعتبر مساواته مثلا بالكيل ليسلم من الربا ثم يوزن إذا أريد بيعه، وإن حصل التفاضل فيه، ولكن مقتضى ذلك أن التساوى في الوزن المتعارف لا يكفي، والتفاضل فيه بعد التساوى في الكيل لا يقدح، والتزامه في غاية الصعوبة، وليس فـي الادلة ما يشهد له، والاجماع السابق من التنقيح إنما هو في جريان الربا على المعتبر أصلا وإن تعارف جزافيته، و عدمه و إن تعارف اعتباره، فليس حينئذ إلا ماذكرناه فتأمل جيداً.

ولو فرض تعارف الكيل والوزن فيه جاز البيع بكلّ منهما مع التساوى فيه، و إن اختلف في التقدير الاخر، ومن ذلك يعلم أن الاقوى فـي موضوع مسألة المتن عدم الجواز بالكيل وبالورن، لاستلزام كل منهما تقدير أحدهما بغير المتعارف في تقديره، وتعارف كيل الأصل أو وزنه غير مجد فـي الفرع بعد فرض حصول التعارف فيه على

خلاف اصله .

نعم لو فرض أنّ أحدهما مكيل وموزون ؛ والاخر موزون خاصة ، أو مكيل كذلك جاز بيعهما بالتقدير المشترك بينهما دون المختص بأحدهما وبهذا يظهر لك النظر في جملة ممّا تقدم وغيره ، خصوصاً مثل عبارة المصنف وغيرها كما لا يخفى على من لاحظ كلماتهم ، لكن بقي شيء ، وهو أنه وإن قلنا أن التحقيق عدم الجواز في موضوع مسألة المتن ، إلا أن الظاهر عدم كون الحنطة والدقيق من ذلك ، فإن النصوص والفتاوى اتفقت على الجواز فيها ، بل في التذكرة الإجماع عليه .

نعم ليس في شيء من النصوص ما يدلّ على أن أحدهما لا يباع إلا كيلا والآخر لا يباع إلا وزنا ، كي يكون ذلك مثالا لموضوع المسألة ، فيمكن كونهما معاً مكيلين و يمكن كونهما معاً موزونين ويمكن كونهما يباعان بهما ، أو أن أحدهما كذلك دون الاخر وقد وقع البيع بالاعتبار المشترك ، فلا منافاة حينئذ بين ما ذكرناه وبين هذه النصوص ، ومعقد إجماع التذكرة ومن الغريب إحتمال الحرمة في القواعد في خصوص ذلك والله أعلم .

الفرع ﴿الثاني بيع العنب بالزبيب جايز﴾ عند المصنف ومن عرفت سابقاً ممن لا يعدى العلة ﴿وقيل لا ، إطراداً العلّة الرطب بالتمر و﴾ هو لا ﴿الأوّل أشبه﴾ عندنا كما عرفت الحال فيه ، ﴿وكذا البحث في كل رطب مع يابسه﴾

الفرع ﴿الثالث يجوز بيع الادقة بعضها ببعض مثلا بمثل﴾ مع اتحاد الجنس ، و متفاضلا مع اختلافه ، من غير فرق بين الناعمين والخشنين ، والناعم والخشن ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا ، للإطلاقات ، وعن الشافعي في القديم والجديد أنّه لا يجوز بيع الدقيق بالدقيق مع اتحاد الجنس ، وعن أبي حنيفة عدم جواز بيع الناعم بالخشن ، ولاريب في فسادهما ، ﴿و﴾ كذا يجوز بيع ﴿الاخباز﴾ بعضها ببعض متساويا مع اتّحاد الجنس ، ومتفاضلا مع اختلافه ، نعم يعتبر في الاوّل الا تحاد أيضاً في الرطوبة واليبوسة وإلا جاء البحث السابق بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا ، لإطلاق الأدلة ، و عن

الشافعي أنّه لا يجوز بيع أحدهما بالآخر إذا كانا رطبين، بل عنه في كتاب الصّرف أنّه لا يجوز أيضا إذا كانا يابسين مدقوقين يمكن كيلهما، ولا ريب في فساده .

﴿و﴾ كذا يجوز بيع ﴿الخلول﴾ بعضها ببعض متساوياً مع اتحاد الجنس ، و متفاضلا مع اختلافه ، بلا خلاف أجده بيننا من غير فرق في أفراد الخلّ بين المعتصر وبين الممزوج بالماء ، فيجوز حينئذ عندنا كما في التذكرة بيع خل العنب بالزبيب لاتحاد أصلهما ، خلافاً للشافعي فلا يجوز، لأن في خل الزبيب ماء ، وفيه أنه غير مانع إنه وإن أفاد اختلاف الحقيقة جاز متفاضلا ، وإلا متساويا ، وكذا خلّ الزبيب بخل الزبيب عندنا، كما عن التذكرة أيضاً خلافاً له أيضاً ، لأن في كل منهما ماء قال: وإن قلنا في الماء رباً لم يجز ، بمعنى جواز تفاضل الزبيب والماء ، وهو كما ترى ، وكذا خلّ التمر بخلّ التمر عندنا ، كما في التذكرة خلافاً له أيضا .

أما خل التمر بالزبيب فلا إشكال فيه عندنا أيضاً لاختلاف الجنس ، وعن الشافعي انه ان قلنا في الماء رباً لم يجز وان قلنا لا رباً فيه جاز،وفساده واضح عندنا، وامّا بيع الدّبس بالدبس فيجوز عندنا متساوياً كما في التذكرة مع اتحاد اصله ومتفاضلا مع اختلافه وعن الشافعي المنع للاشتمال على الماء ويجوز عندنا ايضاً بيع الدّبس بالتمر مع اتحاد الاصل متساوياً ومنعه الشافعي ايضاً،ويجوز بيع خل العنب بعصيره متساوياً عندنا كما في التذكرة و بالجملة لا ريب في الجواز عندنا في هذه كلّها وغيرها ﴿وان جهل مقدار ما في كل واحد من الرطوبة﴾ في بعضها ﴿اعتمادا على تناول الاسم﴾ وقد تقدّم لك تمام البحث في ذلك.

ومنه يعلم ما في المسالك هنا «قال لا بد في الجواز من اشتراكهما في أصل الرطوبة أي الأخباز في الرطوبة فلو كان أحد الخبزين رطباً والآخر يابساً لم يصح ، بناء على ما سلف من القاعدة» وفي العبارة إشارة إليه حيث اثبت لكلّ واحد رطوبة جهل مقدارها، ولو علم أن رطوبة أحدهما أكثر من رطوبة الاخر مع اشتراكهما في الأصل ، ففي الجواز

نظر، من صدق الإسم في المثلين، ومن العلم بزيادة حقيقة أحدهما على الاخر، و لعل الأقرب الجواز، لأن الرطوبة غير مقصودة، و الحقيقة مطلقة عليهما، و كذا لو علمت الرطوبة في أحدهما، و انتفت من الاخر؛ كخل الزبيب و خل العنب الخالص.

قلت: عرفت أنه لايكفي الاتحاد في الحقيقة والمساواة عند الابتياع، بل لابد من مراعات عدم النقصان في أحدهما عن الاخر بعد ذلك، للأخبار السابقة، فإذا فرض عدمه صح؛ وإن كانت الرطوبة في أحدهما عارضية كخل الزبيب إلا أنها صارت من أجزاء الحقيقة، فلاحظ ماتقدم سابقاوتامل. والله أعلم.

﴿تتمة فيها مسائل﴾

﴿الأولى: لاربا بين الوالد و ولده﴾ إجماعاً محكياً مستفيضاً، إن لم يكن متواترا، صريحاً وظاهراً، بل يمكن تحصيله، إذ لاخلاف فيه إلا من المرتضى في الموصليات، لكن في الانتصار بعد أن ذكر مما انفردت به الامامية القول بأنه لاربا بين الولد ووالده، ولا بين الزوج وزوجته، ولا بين الذمي والمسلم، ولا بين العبد ومولاه، وخالف باقي الفقهاء، قال: «وقد كتبت قديما في جواب مسائل وردت علي من الموصل وتأولت الأخبار التي يرويها أصحابنا المتضمنة لنفي الربا بين من ذكرناه، على أن المراد بذلك وإن كان بلفظ الخبر معنى الأمر، كأنه قال: يجب أن يقع بين من ذكرناه ربا، كما قال تعالى(١) «من دخله كان آمنا» وكقوله تعالى (٢) «فلارفث ولافسوق ولاجدال في الحج» و قوله ﷺ (٣) «العارية مردودة، والزعيم غارم» ومعنى ذلك كله الأمر» إلى أن قال:

(١) سورة آل عمران الاية ٩٧

(٢) سورة البقره الاية ١٩٧

(٣) جامع الصغير للسيوطي ص -٦٨ طبع عبدالحميد احمدحنفي

«واعتمدنا في نصرة هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن، ثم لما تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب، لأني وجدت أصحابنا مجمعين على نفي الرّبا بين من ذكرنا، وغير مختلفين فيه في وقت من الاوقات، و إجماع هذه الطائفة قد ثبت أنه حجة، و يخصّ به ظاهر القرآن».

وهو كما ترى بعد اعترافه بالخطا وأنه مخالف للإجماع في فتواه السابقة ، لا يقدح في تحصيل الإجماع ، بل هو مؤكد له ، مضافا إلى خبر عمرو بن جميع (١) الذي رواه المشايخ الثلاثة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «قال : أمير المؤمنين عليه السلام ليس بين الرجل و ولده ربا ، وليس بين السيد وعبده رباً، وصحيحي زرارة (٢) ومحمد بن مسلم (٣) الذي رواه الكليني والشيخ عن أبي جعفر « ليس بين الرجل وولده ، وبينه وبين عبده ، ولا بينه وبين أهله رباً ، إنما الرّبا فيما بينك وبين ما لا تملك، قلت: فالمشركون بيني وبينهم رباً قال : نعم ، قلت : فانهم مما ليك، فقال : إنك لست تملكهم ، إنما تملكهم مع غيرك ، أنت وغيرك فيهم سواء ،فالذي بينك وبينهم ليس من ذلك ، لأن عبدك ليس مثل عبدك وعبد غيرك .

فمن الغريب دغدغة بعض المتاخرين في الحكم المزبور؛ وكأنه ناشيء من اختلال الطريقة، وإطلاق الخبرين «و» معاقد الاجماعات يقضي بأنه «يجوز لكل منهما أخذ الفضل من صاحبه» كما صرح به الحلي والفاضلان والشهيدان وغيرهم ، بل لعلّه لاخلاف فيه إلا من الاسكافي ، فقال كما في المختلف لا رباً بين الوالد وولده إذا أخذ الوالد الفضل ، إلا أن يكون له وارث أو عليه دين وهو اجتهاد في مقابلة النص والفتوى.

وكيف كان فلا يتعدى الحكم إلى الام لحرمة القياس بعد اختصاص الدليل بغيرها، كما أن الظاهر من النص والفتوى إرادة الولد النسبي دون الرضاعي ، وإن احتمله بعضهم ؛ ولا إطلاق للمنزلة بحيث يشمل المقام ، ضرورة انصرافها للنكاح ونحوه ، نعم

(١و٢و٣) الوسائل الباب ٧ من ابواب الربا الحديث -١-٣-٢

قد يتوقف في ولد الزنا من صدق الولد لغة ، ومن انصرافه إلى غيره ، وعموم التحريم قوي ، ولذا صرّح جماعة منهم الفاضل وثاني المحققين والشهيدين بعدم تعدي الحكم إلى ولد الولد ، لكن توقف فيه بعضهم ، بل في الدروس الجزم بالالحاق ، وهو لا يخلو من قوة ، و إن كان الأحوط خلافه ، كما أن الأحوط الاقتصار على الذكر ، لأنه المنساق عرفا ، لكن في التذكرة وجامع المقاصد أنه لا فرق في الولد بين الذكر والانثى ، لشمول الاسم ، وحينئذ لا إشكال في الخنثى ؛ وإن كانت مشكلا .

نعم قد يتوقف في المشكل منها بناء على اختصاص الحكم بالذكر ، فيحتمل التحريم للعموم ، والحلّ للاصل ﴿و﴾ ، كذا ﴿لا﴾ ربا ﴿بين المولى ومملوكه﴾ إجماعاً بقسميه و للخبرين السابقين (١) وصحيح علي بن جعفر (٢) «سأل أخاه موسى بن جعفر عليه‌السلام عن رجل أعطى عبده عشرة دراهم على أن يؤدي العبد كل شهر عشرة دراهم ، أيحلّ ذلك؟ قال : لا بأس» بل لا يتصور وقوع الرّبا بينهما بناء على عدم ملكية العبد ، ولذا قيل أنه كان ينبغي ترك ذكره ممن كان يرى ذلك .

نعم يتجه ذكره بناء على الملكية ومستنده حينئذ ما عرفت ، اللهم إلا أن يقال : إن المراد هنا بالمملوك ما يشمل المكاتب ، والقائل بعدم ملكية العبد يقول بها فيه ، لكن ذلك مبني على إرادة الاعم منه من النص ومعقد الاجماع ، وربما نوقش فيه بأن المنساق غيره .

نعم لا فرق بين القنّ والمدبّر وأم الولد ، لا أقل من الشك فتبقى حرمة الرّبا على عمومها ، كما أن مقتضاها بل هو الظاهر من النص والفتوى ، بل هو كصريح صحيح زرارة (٣) قصر الحكم على غير المشترك ، كما صرّح به جماعة ، بل في المختلف أطلق أصحابنا ، و مقصودهم إذا لم يكن مشتركا ، وهو كذلك ، ضرورة ظهور النص والفتوى في اتحاد المولى ، وكون المملوك جميعه لا بعضه .

(١ و ٢) الوسائل الباب ـ ٧ ـ من ابواب الربا الحديث ـ ١ ـ ٣ ـ ٦

(٣) الوسائل الباب ـ ٧ ـ من ابواب الربا الحديث ـ ٢ ـ

لكن قد يقال : إن مثل هذا الظهور لا يرفع حكم المبعّض ،كما في زكوة الفطرة وغيرها ممّا كان العنوان فيه نحو ما هنا ، بل يظهر من النصّ والفتوى اتحاد قاعدة في المبعّض الذى بعضه حرّ بالنسبة إلى جريان حكم الملك والحرّية على كل من الجزئين، فضلا عن العبد المشترك بين المالكين الذى يمكن القول فيه بحلّية الرّبا فيه بالنسبة إلى كل من موليه ،كما يمكن القول في المبعّض الحرّ أنه يصح العقد الربوي فيما قابل الجزء الملك ، ويبطل فيما قابل الجزء الحرّ ، نحو ما يقال : في المال المشترك بين الوالد و غيره مثلا ، فباعاه من الولد لأحدهما . فانه يصحّ العقد بالنسبة إلى نصيب الوالد مع زيادته ، ويبطل في غيره .

على أن الخبر المزبور(١). مع احتمال العلّة فيه، إقناعية، لما تسمع في المشترك الجزئي ـ ظاهر فـي نحو المشترك الجنسي الذي هو بين المسلمين، لا مثل المشترك بين شخصين مثلا، أو مثل الذى بعضه حرّ و بعضه رق ﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ ربا ﴿بين الرجل وزوجته﴾ إجماعا أيضا بقسميه ، ولصحيح زرارة(٢) المتقدم سابقاً ،مضافا إلى مرسل الصدوق (٣) عن الصادق عليه السلام «ليس بين المسلم وبين الذمي ربا ، ولا بين المرئة وزوجها ربا» وهو مضافا إلى الفتاوى ومعاقد الاجماعات ، قرينة على إرادة الزوجة من الأهل ، في صحيح زرارة لا غيرها، ممن هو أهل عرفا،والأكثر،كما في الرياض، والمشهور كما عن الكفاية أنه لا فرق بين الدائمة والمتمتع بها ؛ وبه صرّح الشهيدان والعليّان .

لكن قد يناقش بعد تسليم صدق اسم الزوجة بل والأهل عليها ، بأن المنساق إلى الذهن الدائمة ، خصوصا إذا كان المتمتع بها إلى أجـل قصير، ولم يكن متخذا لها اتخاذ الزوجة ، بل اتخذها اتخاذ المستاجرة ، على أن الدائمة هي التى ثبت لها التفويض في مال الرجل في الجملة ،كأخذ المأدوم ونحوه ،كما أنها هي التي يتسلط الزوج على مالها بحيث

(١و٢و٣) الوسائل الباب-٧-من ابواب الربا الحديث ــ٢ــ٣ــ٥

لا يجوز لها العتق إلا بإذنه ، على ما في بعض النصوص(١) بل هما المتحدان في المال عرفا ؛ مضافا إلى عموم حرمة الربا التي ينبغي الاقتصار في خلافها على المتيقن .

ولعله لذا تردّد المقداد والصيمري كما قيل بل عن التذكرة وإيضاح النافع ومجمع البرهان ثبوت الرّبا بينها وبينه ؛ ووجهه ما عرفت ؛ إلا أنه قد يقوى التفصيل بين المتخذة أهلا وغيرها ، فلا ربا في الأولى ويثبت في الثانية ، ومنه يظهر وجه التوقف في المطلّقة رجعية إذ هي وإن كانت زوجة إلا أنه قد يمنع صدق الأهل عليها ، والاحتياط لا ينبغي تركه ، وذلك لأن الجمع بين خبري الزوجة والأهل يقتضي اعتبار كل منهما ، فإنهما شبه العامّين من وجه .

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ ربا ﴿بين المسلم وأهل الحرب﴾ إجماعاً بقسميه أيضاً إذا اخذ المسلم الفضل ، ولمرسل الصدوق (٢) والمروي مسندا في الكافي (٣) قال : «قال: رسول الله ﷺ ليس بيننا وبين أهل حربنا رباً ، نأخذ منهم ألف درهم بدرهم ؛ ولا نعطيهم » و الضعف غير قادح بعد الانجبار ، كما أن خبر زرارة يمكن ارادة غير أهل الحرب من المشركين كأهل الذمة ، بناء على جريان الرّبا فيهم أو غير ذلك ، ولا فرق في الحربي بين المعاهد وغيره ، ولا في كونه بين دار الاسلام أو الحرب ، كما صرّح به بعضهم بل عن ظاهر الخلاف ، الإجماع على الاخير .

لكن قد يناقش في الاول ، بظهور المرسل في غيره ممن هو محارب حال المعاملة ، إذ هو كالذمّي الذي ستعرف البحث فيه ؛ مضافا إلى وجوب الاقتصار فيما خالف العموم على المتيقن ، والأحوط اجتنابه .

وعلى كل حال فصريح المرسل المزبور أن المراد من نفي الربا بيننا وبينهم أخذه منهم ، لا إعطاؤهم كما هو صريح جماعة وظاهر آخرين ، بل لا أجد فيه خلافا

(١) الوسائل الباب -٢٢- من ابواب العتق الحديث -٢
(٢و٣) الوسائل الباب -٧- من ابواب الربا الحديث -٥-٢

صريحاً ، وإن كان قد أطلق بعضهم إلا من القاضي فيما حكي عنه ، فيجوز أخذ كل منهما من الآخر ، لكن لاريب في ضعفه ، لعدم ما يصلح للخروج به عن عموم التحريم.

﴿ويثبت﴾ الربا ﴿بين المسلم والذمي﴾ قطعا إذا كان الآخذ الذمّي وبالعكس ﴿على الأشهر﴾ بل المشهور نقلا وتحصيلا بل عليه عامّة المتاخرين إلا النادر ، بل لم أجد فيه خلافا إلا ما سمعته من المرتضى وحكي عن ابني بابويه والمفيد والقطيفي ، مع أنه قال بعض مشايخنا أني لم أجد له ذكرا في المقنعة .

ومن ذلك يعلم ما في دعوى المرتضى من الإجماع عليه الذي هو دليل القول به ، و المرسل في الفقيه (۱) «ليس بين المسلم والذمّي ربا» الذي لاجابر له ، ويمكن حمله على إرادة الحرمة منه ، نحو ما سمعته من المرتضى في نظايره ؛ قبل أن يرجع إلى المشهور ، أو على أنهم حربيّون في زمن الغيبة كما ستسمع ، على أنه أرسل في النافع رواية معارضة للمرسل ، وإن لم أجدها إلا أن يريد قوله في صحيح زرارة(۲) «المشركون بينهم و بين المسلمين ربا » المؤيد للعمومات في الجملة ، وحمله على إرادة ثبوته حيث يكون الأخذ من المسلم ، ينفيه ظهوره أو صراحته في الاعم من ذلك ، فلا ريب في أن الأحوط إن لم يكن الاقوى جريان الربا بينهم : إلا إذا خلعوا شرائط الذمة، فانهم يكونون حينئذ حربيين ، بل يظهر من بعضهم أنه كذلك في زمن الغيبة وما شابهها من قصور اليد ، وإن كانوا لا يغتالون ، لشبهة الأمان ، ولعله لعدم من يعقد معهم ، عقد الذمّة وشرائطه، و لم يثبت ولاية حاكم الجور في ذلك ، هذا .

وقد يقال في أصل المسألة أن المراد بنفي الرّبا بين المسلم والحربي ، يأخذ منه ولا يعطيه عدم حرمة ذلك على خصوص المسلم الذي له التوصل بكل طريق إلى أخذ مال الحربي، لأنه هو و ماله فيء للمسلم ، فله السرقة ونحوها ، لا أن المراد نفيه على نحو نفيه بين الولد والوالد، وحينئذ فالمعاملة بينهما باطلة توجب حرمة الثمن على الكافر

(۱) (۲) الوسائل الباب -۷- من ابواب الربا الحديث -٥-۳-

ويحرم عليه دفع الربا، وللمسلم أخذه منه بتوسط هذه المعاملة التي هي فاسدة في الواقع، وصحيحة بزعم الحربي، نحو شراء ولده منه، فإنه شراء صوري مقدمة للاستيلاء على الولد، ليملكه به، لا بالشراء، كذا ما نحن فيه فإن ملكه لما يأخذه منه بالاستيلاء لا بالبيع الربوي، وربما يؤيد ذلك ما سمعته في صحيح زرارة (١) من ثبوت الربا بيننا و بينهم مطلقا، ولكن في خصوص الحربي لنا استنقاذ ماله منه بالمعاملة المزبورة على حسب ما عرفت.

ومنه يعلم جريان الربا بيننا وبين ساير فرق الكفار المحترم مالهم بذمة، أو صلح، أو أمان أو عهد، أو غير ذلك، بخلاف غير محترمي المال، فإن له التوصل إلى الاستيلاء على مالهم بالمعاملة المزبورة، ليملكه به، لا بها؛ بل الظاهر جواز كل معاملة فاسدة معهم بهذا القصد، لا بقصد ترتب الأثر على المعاملة، وإلا فمن البعيد إختصاص الكافر هنا بحلية دفع الربا للمسلم دون أخذه منه، ودون أخذه من غيره من قومه فتامل جيدا فإنه دقيق نافع، ومنشأ الوهم الاشتراك مع غيره، بنفي الربا ما عرفت والمراد بهما متغاير والله أعلم.

المسألة ﴿الثانية﴾ المشهور بين الاصحاب نقلا وتحصيلا أنه ﴿لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه كلحم الغنم بالشاة﴾ بل في المختلف لم نقف فيه على مخالف مناغير ابن ادريس فجوز، وقوله محدث لا يعول عليه؛ ولا يثلم في الإجماع، وفي الدروس نسبته إلى الشذوذ بل عن الخلاف والغنية الإجماع عليه وهو الحجة بعد النبوي (١) وإن كان عاميا على الظاهر «نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع اللحم بالحيوان» وموثق غياث (٢) على ماقيل عن الصادق عليه السلام: «أن أمير المؤمنين كره بيع اللحم بالحيوان» بناء على إرادة الحرمة منها في خصوص المقام ولو لما في المعتبرة (٣) من أنه عليه السلام «لا يكره الحلال» كما

(١) المستدرك ج٢ ص٤٨٠

(٢) الوسائل الباب-١١- من ابواب الربا الحديث-١

(٣) الوسائل الباب-١٥- من ابواب الربا الحديث-١

في بعض وإلا الحرام في آخر، وللاجماعين المعتضدين بالشهرة .

لا أن الحجّة فيه تحقق الربا ، كي يرد عليه أن الحيوان غير موزون ، إذ الظاهر إرادة الحي في محل النزاع ، كما اعترف به في المسالك ؛ بل هو ظاهر التذكرة أو صريحها ، كالمحكي عن السرائر بل عن نهاية الأحكام وفخر المحققين وغيرهما جعل النزاع فيه، فما عساه يظهر من المختلف من كون النزاع في الأعم ، ومن المحكي من مجمع البرهان في خصوص المذبوح في غير محله ، كما أن الاستدلال عليه في المحكي عن إيضاح النافع بأن القوم أجروا ما يجرى عليه الوزن عادة، مجرى الموزون وإن كان في الحال غير موزون؛ ولهذا لا يجوز بيع الرطب بالتمر على النخل كذلك أيضاً ، ضرورة عدم الدليل على ذلك ، بل ظاهر الأدلة خلافه، خصوصاً ما دل[1] منها على جواز بيع الثوب بالثوب وبالغزل، لخروجه بالصّفة عن كونه موزوناً الذى أفتى به الفاضل والشهيد والمحقق الثاني، بل ربما ظاهر منهم أو بعضهم تعدية الحكم إلى الآنية من الحديد والصفر، إذا لم تجرى العادة بوزنها؛ بل و المصنوع من النقدين كالخاتم والظروف و المراكب المحلاة ، فما حكاه عن القوم لم نتحققه .

نعم قال في القواعد والتذكرة والتحرير: «إن المراد أي في باب الربا جنس المكيل والموزون ، وان لم يدخلاه لقلّته كالحبّة و الحبّتين، أو لكثرته كالزّبرة ؛أي القطعة من الحديد»، وظاهره كما اعترف به في الحواشي المنسوبة إلى الشهيد وجامع المقاصد أنه يجب الكيل والوزن في البيع إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً بالفعل، فلو بيع ما لا يوزن عادة لقلته أو كثرته و جنسه مكيل كفى في صحة بيعه المشاهدة ، إذا بيع بغير جنسه ، و أمّا إذا بيع بجنسه لم يجز كما في الأول ولا بد من المساواة كيلا إن كان مكيلا وإلا فوزناً ، كما في الثاني ، ويمكن أن يكون ذلك في خصوص ما كان المانع من كيله أو وزنه القلة أو الكثرة، لا غيرهما من الاحوال، ككون الثمرة على الشجرة ونحوها، مع أنه لا يخلو من نظر.

---

(١) الوسائل الباب -١٩- من ابواب الربا الحديث ١

وبالجملة لاريب في أنه ليس المنع في كلام الاصحاب هنا ملاحظة الربا، وإلا لما صح إطلاقهم المنع الشامل لصورة المساواة وزيادة اللحم على الحيوان و بالعكس، ولااتجه لهم المنع حتى في بيع الحيوان بالحيوان الذى من الواضح فساد القول به ، وكان منشاء الوهم ذكرهم هذه المسألة في باب الربا ، وزاده إيهاما تقييد غير واحد من الأصحاب المنع بما إذا كان من الجنس ﴿و﴾ أنه ﴿يجوز﴾ البيع ﴿بغير جنسه كلحم البقر بالشاة﴾ بل هو المشهور بين المتاخرين بل في الغنية والتنقيح الاجماع عليه، بل قيل إن إجماع الخلاف منطبق عليه أيضا ، وكانهم فهموا من إطلاق المقنعة والنهاية والمراسم والقاضي على ما حكي عن بعضهم عدم جواز بيع الغنم باللحم وإرادة اللحم من الغنم، بل لعلّهم فهموا ذلك أيضاً من خبر غياث (١) .

نعم قيده المصنف بقوله ﴿لكن بشرط ان يكون اللحم حاضرا﴾ ولعلّه لعدم جواز بيع اللحم نسيئة ،كما نص عليه ابن ادريس في المحكي عنه هنا ، قال كما في المختلف: «يجوز ذلك أي بيع اللحم بالحيوان إذا كان موزونا سواء اتفق الجنس أولا يدا بيد ،وسلفا أيضا إن كان اللحم معجلا دون العكس إذ لا يجوز السلف في اللحم ، ويجوز في الحيوان، ويأتي تمام الكلام في السلم إن شاء الله تعالى .

وكيف كان فذلك كما ترى لادلالة فيه على أن المنع فيه للربا، اذ ليس في النهاية إلا «لا يجوز بيع الغنم باللحم لا جزافا ولا وزنا» ومثلها المقنعة بزيادة لانه مجهول، ونحو هما غيرهما في عدم الاشارة إلى كون المنع للرّبا، فلاريب في بطلان الاستدلال به لهم ، بل منه يعلم فساد ما ذكره ابن ادريس حيث احتج على مطلوبه بأن المقتضي للجواز ـ وهو قوله تعالى(٢) «أحل الله البيع» ، ـ موجود، والمانع وهو الربا منفي إذ الربا إنما يثبت في الموزون، والحيوان الحي ليس بموزون، إذ فيه ما عرفت من عدم كون المانع الربا، وأجاب

---

(١) الوسائل الباب ـ ١١ ـ من ابواب الربا الحديث ـ ١

(٢) سورة البقرة الاية ـ ٢٧٥

عنه فی المختلف بالمنع من نفی المانع؛ ومن کون المانع هو الربا خاصة ، ثم قال : ولو قیل بالجواز فی الحیوان الحي دون المذبوح جمعا بین الأدلة کان قویا .

وفیه أنه لاوجه للمنع من نفی المانع اذا احتمال أنه من الربا بتخصیص مادل علی اشتراطه بالکیل فی غیر المقام کماتری ، وإن جزم به فی الریاض علی أنه ینبغی جوازه مع المساواة ، مع أن المعظم والجمیع أطلقوا المنع .

نعم قیده بعض المتاخرین بغیر المساواة بناء منه علی أن المنع من جهة الربا مضافا إلی أنه لیس فی خبر غیاث (۱) دلالة علی کون المنع من جهة الربا ،کي یقید به تلك الادلة ، وأما ماذکره من التفصیل فإنه وإن استجوده الشهید فی حواشیه ، وقال به المحقق الثانی فی جامع المقاصد وتعلیق الارشاد، وقواه الشهید الثانی فی المسالك والروضة ،لکن منشأوه علی الظاهر ما أومأ إلیه فی المختلف من الجمع بین مادل علی الحرمة کالروایة ، والإجماع المحکي و إطلاقات الحلّ والجواز ،فیحمل الاول علی ما إذا کان مذبوحا، لتحقق شرط الربا فیه ، والثانی علی الحي لفقد شرط الربا فیه .

ومن هنا صرح بعضهم بالکراهة فی الحي للشبهة الناشئة من إطلاق القول ، والروایة بالحرمة ، وقد ظهر لك مما ذکرنا مافیه، إذلا حاجة لحمل المنع علی کونه من جهة الربا ،کي یحتاج إلی ذلك ، وإلی حمل النص ومعقد الإجماع و الفتاوی المتضمنة للفظ الحیوان والشاة والغنم علی خلاف ظاهره ، ضرورة ظهورها جمیعا فی الحي؛ علی أن تنزیل مادل علی الربا علی المذبوح قد یناقش فیه ، بأنه غیر مکیل ولاموزون قبل السلخ ، بل تعارف فی زماننا بیعه جزافا بعد السلخ إذا کان جملة، بل من المعلوم أن الرأس لایباع إلا جزافا، والإکتفاء بموزونیة جنسه أي اللحم قد عرفت مافیه؛ بل قد یمنع کون جنس الحیوان المذبوح اللحم .

وکذا یظهر لك مافي التذکرة ، فإنه بعد أن ذکر أن المشهور علی المنع قال :

---

(۱) الوسائل الباب -۱۱- من ابواب الربا الحدیث ۱

«والأقرب عندي الجواز على كراهية ، للاصل السالم عن معارضة ثبوت الربا لفقد شرطه ، وهو التقدير بالكيل أو الوزن ، المنفي في الحيوان الحي ، وامّا الكراهية فللاختلاف، بل صرّح بعد في كلامه بأن المنع على تقديره إنما هو من جهة الرّبا» وفيه ما عرفت ولعل ما في النافع والتحرير والارشاد من الحكم بالجواز مبنيا على أن كون المنع للرّبا ، و هو منتف لفقد شرطه ، كالمحكي عن الابى والخراساني والكاشاني ؛ أو لان غياثا تبري لا يعمل بخبره .

وفي الاول ماعرفت ، وفي الثاني مع ان غير واحد وصف الخبر بكونه موثقا ، بل في المختلف أن اصحابنا وثّقوه وهو منجبر بماعرفت ، ومعتضد بالاجماعين السابقين ، ومنه يعلم الحال في المناقشة في متنه للتعبير فيه بلفظ الكراهة .

ونحوها المناقشة بأن مقتضاه مطلق المعاوضة ، وأن المنع ولو بغير الجنس و الاصحاب لا يقولون به ، إذ يدفعهما إنصراف البيع والجنس منه ، أو إرادة ذلك منه ولو بمعونة كلام الاصحاب، واحتمل في الرياض إرادة المثال بذكر البيع في الفتاوى وهو بعيد، مناف لقاعدة الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقن منعه من النص والفتوى ، فظهر لك من ذلك كله أن قول ابن ادريس ضعيف، وإن وافقه عليه جماعة ممن تأخر عنه ، كالمصنف في النافع والفاضل والمحقق الثاني والشهيدان في الحواشي والمسالك والروضة وغيرهم ، إلا أن منشأ الجميع ماعرفت مما هو واضح البطلان ، فالقول حينئذ بما عليه المشهور لا يخلو من قوة .

لكن قد ظهر لك من كلام هؤلاء المتأخرين أنه لا إشكال في المنع في المذبوح لوجود شرط الربا فيه ، وقد عرفت المناقشة فيه ، فبناء على ظهور الخبر ومعاقد الاجماعات في الحي، يتجه الجواز حينئذ في المذبوح لعدم شرط الربا فيه ، أللهم إلا أن يدعى الاجماع عليه من الجميع ، ودونه خرط القتاد ، بعد أن علمت أن البحث في تلك العبارات في الحي لا في المذبوح ، كما عن الأردبيلي الجزم به ، ولا في الأعم منه ومن

الحي ، كما عساه يظهر من المختلف ، إلا أن الاحتياط لا ينبغي تركه ، ثم إن الظاهر عدم الفرق في الحكم المزبور بين كون اللحم ثمنا ومثمنا ، وإن اختص أكثر العبارات بالثاني ، لكن المحكي عن جملة من القدماء التعبير بالأول .

نعم ينبغي الاقتصار بناء على ما ذكرنا على ما يسمى لحما ، فالكرش والكبد ونحوهما لا يدخل في المنع ، بل قد يتوقف في اندراج بيع لحم السمك بالسمك الحي ، لعدم انصراف لفظ اللحم اليه ، هذا وربما يقال في أصل المسألة خصوصا بملاحظة ما سمعته من المعتبرة من التعليل بالجهالة - إن المراد من إطلاق الفتوى من قدماء الأصحاب عدم جواز ما يستعمل من دفع رؤس من الغنم إلى القصّاب بمقدار من اللحم يؤخذ منه تدريجا ، أو يبيع القصّاب مقداراً من اللحم في ذمته لصاحبها بها .

وعلى كل حال فهو باطل لعدم إمكان ضبط اللحم المختلف باختلاف الحيوان زماناً ومكاناً وأكلاً وسمناً وغير ذلك ، فالمراد حينئذ عدم جواز بيع اللحم سلفاً ولا كونه ثمنا نسيئة بالحيوان ، ولعل تخصيص ذلك بالحيوان تنبيها على ما كان يستعملونه بل ربما استعملوه على نحو العرية من بيعه بمقدار من اللحم منه الذي لا إشكال في بطلانه ، لاتحاد الثمن والمثمن فيه ، كما أن الوجه في ذكر الأصحاب ذلك ، ذكره فيما سمعته من النص" وبذلك ينطبق ما سمعته من التعليل بالجهالة ، ضرورة عدمها في الحيوان ، وفي اللحم المشاهد ، وكان التفصيل بالجنس وغيره من المتأخرين الذين توهموا كون موضوعه من الربا ، وإلا فالقدماء لا تفصيل في كلامهم ، فتأمل جيّداً ولاحظ ، فإنه نافع إن شاء الله .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾ لا خلاف بيننا في أنه ﴿ يجوز بيع دجاجة فيها بيضة بدجاجة خالية ﴾ أو فيها بيضة أو ببيضة ، لوجود المقتضي من الأصل وغيره ، وعدم المانع ، إذ ليس إلا الربا ، وهو منفي بانتفاء شرطه ، إذ الدجاجة غير مقدّرة بالكيل والوزن ، وما في بطنها ما دام كذلك كالثمرة على الشجرة ، ولأنه تابع غير مقصود ، والمخالف الشافعي ، ولا ريب في ضعفه ، ﴿ و ﴾ كذلك لا خلاف عندنا في جواز ﴿ بيع شاة في ضرعها لبن بشاة

في ضرعها لبن أو خالية : أو بلبن و لو كان من لبن جنسها ﴾ ، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا العين ما ذكرنا ، وكذا بيع شاة عليها صوف بصوف و شاة ليس عليها صوف ، و نخلة ليس عليها تمر بأخرى خالية أو ذات تمر .

المسئلة ﴿ الرابعة : القسمة تميز أحد الحقين ﴾ أو الحقوق عن الاخر ﴿ وليست بيعاً ﴾ عندنا ولا معاوضة ؛ ﴿ فتصح فيما فيه الربا ولو أخذ أحدهما الفضل ﴾ للأصل و الاطلاقات وفي المسالك دعوى الوفاق عليه ، ومن جعلها بيعا مطلقا ، أو مع اشتمالها على الرد يثبت فيها الربا ، ﴿ وتجوز القسمة كيلاً وخرصاً ﴾ للأصل ﴿ ولو كانت الشركة في رطب و تمر متساويين فأخذ أحدهما الرطب جاز ﴾ وإن كان ينقص إذا جف بعد ذلك ، لما عرفت من عدم جريان الربا فعلاً فيها ، فضلا عن مثل ذلك .

و لكن تفصيل الأمر فيها محرر في كتاب القسمة من القضاء بل والشركة ، فانه قد ذكرنا بعض الكلام فيه ، والعمدة تحرير كون حصّة الشريك كليا في المال الخارجي مشاعاً ، على معنى صدقه على أفراد متعددة ؛ وبالقسمة مع القرعة ليتميز و يتشخص ، أو أنها شايعة في الاجزاء على وجه يكون لكل منهما حصة نصيب في كل جزء جزء فبالقسمة لابد أن تكون من كل منهما أجزاء من ملكه عند الاخر ، ومقتضى ذلك كونها حينئذ معاوضة ، بل مقتضاه فيما لو كانت الشركة بين الوقف والملك ، تبديل أجزاء الوقف بالملك و بالعكس ، بل مقتضاه اجتماع مالكين على مملوك واحد إذا قلنا بالجزء الذي لايتجزى ، فانه لايكون قابلا للقسمة ، وقد اشبعنا الكلام في ذلك في محله ، ولعل اجماعهم على الظاهر هنا بعدم جريان الربا حتى من القائل بعمومه لكل معاوضة مما يؤيد الأول فلاحظ وتأمل .

المسألة ﴿ الخامسة يجوز بيع مكوك من الحنطة بمكوك وفي أحدهما عقد التبن ودقاقه ﴾ دون الاخر ﴿ وكذا لو كان في أحدهما زوان أو يسير من تراب ، لأنه مما جرت العادة بكونه فيه ﴾ فيصدق المساواة معه بلا خلاف أجده فيه بيننا ، لكن عن

المبسوط«وقال قوم: لايجوز وهو الاحوط» ولعله يريد من العامة إلاأنه لاينبغي الأمر بالاحتياط لخلافهم .

نعم لوكان ذلك ممالايتسامح به في العادة لم يجز لصدق التفاضل ، بل ولأنه إذا كان الخليط ممالهقيمة ، كالشيلم ونحوه ، جاز بصرف زيادة الخالص حينئذ إلى مخالف الجنس، كما أنه يجوز بحنطة مشتملة على ذلك، صرفا لكل جنس إلى مايخالفه ، أما إذا لم يكن له قيمة لم يجز بالخالص ولابغيره ، إذالم يعرف قدر التفاوت، والإجاز على الظاهر، وليست الحنطتان ذات الترابين كالجنسين الرطبين التي لايعلم تساويها بعد الجفاف ، ضرورة كون الرطوبة حينئذ من اجزاء الجنس ، وليست هي مستقلة بنفسها ، بخلاف التراب كما هو واضح ، والمكوك :كثبور: مكيال يسع صاعا ونصفا ونصف رطل ، أو ثلاث كيلجات ، والكيلجة : منّ وسبعة أثمان المنّ ، والمنّ : رطلان. والله اعلم .

المسألة ﴿السادسة﴾ لاخلاف بيننا ايضاً في أنه ﴿يجوز بيع درهم ودينار ، بدينارين ودرهمين و﴾ يكون في الصحة بمنزلة أن ﴿يصرف كل واحد منهما إلى غير جنسه﴾ وإن لم يقصدا ذلك ﴿وكذا لوجعل بدل الدينار او الدرهم شيء من المتاع ، و كذا مدمن تمر ودرهم ، بمدّين أو أمداد ودرهمين أودراهم﴾ إذهو وإن لم يكن في كل منهما جنس يخالف الاخر ، إلاأن الزيادة تكون في مقابل الجنس المخالف في أحدهما، فهو في الصحة حينئذ كذي الجنسين، ولاخلاف بيننا في الجميع، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منه مستفيض جداً إن لم يكن متواترا .

مضافا إلى الأصل والعمومات ، واختصاص أدلة التحريم بحكم التبادر والسياق بغير مفروض المسألة ، والنصوص المستفيضة التي فيها الصحيح وغيره،منها-ماعن البجلي(١) قال: «سألته عن الصرف فقلت إن الرفقة ربما خرجت عجلا فلم أقدر على الدمشقية والبصرية ،

---

(١) الوسائل الباب -٦- من ابواب الصرف الحديث-١-مع اختلاف يسير

وإنما يجوز (١) «بسابر» الدمشقية والبصرية ، فقال: وما الرفقة ؟ فقلت: القوم يترافقون ويجتمعون للخروج فإذا عجّلوا فر بما لم تقدر على الدمشقية والبصرية، فبعثنا بالغلّة فصرفوا ألفا وخمسمائة درهم منها بألف من الدّمشقية و البصرية ، فقال: لا خير في هذا ، فلا يجعلون معها ذهبا لمكان زيادتها؟ فقلت له : أشتري ألف درهم ودينارا بألفي درهم فقال لا بأس بذلك، إن أبي كان أجرى على أهل المدينة مني، وكان يقول : هذا، فيقولون: إنما هذا الفرار، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم ؛ ولو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار، وكان يقول لهم : نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال» .

وفي صحيحه الاخر (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال: كان محمد بن المنكدر يقول لأبي جعفر عليه السلام : يا أبا جعفر رحمك الله والله إنا لنعلم أنك لو أخذت دينارا والصرف ثمانية عشر فدرت المدينة على أن تجد من يعطيك عشرين ما وجدته ، وما هذا إلا فرار ، وكان أبي عليه السلام يقول . صدقت والله ولكنه فرار من باطل إلى حق» وفي الصحيح الاخر (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام «لا بأس بألف درهم ودرهم ، بالف درهم ودينارين إذا دخل فيها ديناران أو أقل أو أكثر فلا بأس» إلى غير ذلك من النصوص الدالة على المطلوب .

وربما ظهر منها ماذكره غير واحد من الأصحاب ، بل نسبه إليهم غير واحد ، مشعرا بدعوى الإجماع عليه، من صرف كل من الجنس إلى المخالف، كما أن الزيادة تنصرف إليه إذا كانت في أحدهما ، ومقتضاه حينئذ الصحّة فيما لو باع مدّ تمر ودرهما بمدّين ، أو بدرهمين ، أو بمدّين و درهمين ثم تلف الدرهم أو المدّ قبل قبضه ، فيصح البيع في الأوّل بمدّ أو درهم ، وفي الاخير بمدّين او درهمين ، لانفساخ البيع شرعا فيما يقابل الزيادة او الجنس المخالف ، وإن لم يكن هو مقتضى المقابلة عرفا، وهو الذي مال إليه المحقق الثاني، والشهيد الثاني إذا كان كل من العوضين مشتملا على جنسين .

---

(١) هكذا كان في النسخة الاصلية وفي الكافي «بسابور» وفي الوسائل نيسابور»
(٢و٣) الوسائل الباب ـ ٦ ـ من ابواب الصرف الحديث ـ ٢ ـ ٣

وفيه أن دعوى ظهور الأدلّة في الإنصراف على الوجه المزبور محل نظر أو منع، إنما المسلم منها بالنسبة إلى حكم الرّبا، بمعنى أنه لا يتحقق ويكون كما لو خصت الزيادة أو الجنس المخالف في عدم جريان الربا، لا ان المراد جريان ساير الأحكام على ذلك، حتى لو كانا مثلا لمالكين اختص كل واحد منهما بما يخالفه، وإن لم يكن مقابلاً لماله و كذا بالنسبة إلى حكم الصرف فلو بيع مثلا فضة ونحاساً بفضة ونحاس لم يجب التقابض في المجلس للإنصراف المزبور إلى غير ذلك من الاحكام التي يصعب التزامها مع عدم ظهور الأدلّة فيها، بل في نصوص(۱) الصرف الآتية ما يشهد بخلافها، مضافا إلى مخالفتها القواعد المحكمة، خصوصا الالتزام بثمن لم يكن مقصوداً انها ثمن على كل حال، بل لعل المقصود خلافه، بل ظاهر النصوص السابقة(۲) كبعض العبارات ان الضميمة على الوجه المزبور من الجانبين أو من جانب واحد؛ من الحيل الشرعية للتخلّص من الربا، جارية على مقتضى الضوابط ليس فيها أثر للتعبد أصلا، وإنما نبه الشارع عليها تنبيها، وإلا فمبناها أنه بذلك يخرج عن صدق بيع المتجانسين متفاضلا، وذلك لأن أجزاء الثمن مقابلة بأجزاء المثمن على الإشاعة، فلا تفاضل حينئذ في الجنس الواحد في عقد البيع، لانضمام جنس آخر معه، فقول الاصحاب بانصراف كل جنس إلى مخالفه أو الزيادة إليه، يراد به ما ذكرنا، لا أن ذلك حكم شرعي تعبدي، إذ عليه لا تكون حيلة كما هو واضح، فلا ريب حينئذ في بطلان القول بالصحة في الفرض على هذا الوجه.

ومن هنا احتمل غير واحد البطلان في مفروض المسألة، إذ احصل الربا بعد إسقاط ما يقابل التلف بالنسبة، كما لو باع مدّاً ودرهما بمدّين ودرهمين مثلا، وتلف الدرهم المفروض أنه نصف المبيع، لكون قيمة المدّ درهما بطل البيع في نصف الثمن، ويبقى النصف الآخر، وحيث كان منزلا على الإشاعة، كان النصف في كل من الجنسين، فيكون نصف المدين و نصف الدرهمين في مقابل المد، فيلزم الزيادة الموجبة للبطلان، بل

(۱ و ۲) الوسائل الباب -٦- من ابواب الربا الصرف

جزم به المحقق الثاني إذا كان المشتمل على الجنسين أحد العوضين ، والمقابل له في الاخر الزيادة ؛ وكان التالف المخالف ، وكان التقسيط في الباقي يقتضي الزيادة.

وفيه منع تحقق الربا بهذه الزيادة التي لم يبن العقد عليها، وإنما حصلت بالتقسيط ، وإلا لاتجه البطلان من أوّل الأمر ، مع أنّ الإمامية على خلافه ، في مقابل ما حكي عن الشافعي من البطلان في كل ما اقتضى التقسيط فيه الزيادة ، ورد بأن المعلوم من أدلّة الربا حرمة الزيادة في نفس العقد ، لا ما اذا كانت بمقتضى التقسيط في العقد الذى قد وقع المقابلة فيه بالمجموع ، وهو بعينه جار فيما نحن فيه ، ضرورة أن الزيادة المفروضة إنما كانت بحسب التقسيط الذى احتيج إليه لمكان التلف ، وإلا فالعقد لا زيادة فيه ، فصحّته مستصحبة ، وتبعّض الصفقة لو سلّم عدم خروج الباقي بها عن كونه معاوضة ، وعن كونه بيعا ؛ إلا أن المتيقن من أدلة الربا الزيادة في نفس العقد الأوّل لا المتجدد .

نعم قد يقال فيما لو انكشف استحقاق بعض الثمن مثلا باعتبار تحقق الزيادة حينئذ من أوّل الأمر وإن كانت مجهولة، مع أنّ ظاهر الأصحاب عدم الفرق بين صورتي التلف قبل القبض والخروج مستحقا ، وهو محتاج إلى التأمل .

وكيف كان فالأجود فيما نحن فيه الصحّة وإن حصلت الزيادة، كما عن السيد عميد الدين الجزم به ، مع أنه يمكن فرض التقسيط على وجه لا يستلزم الربا ، بأن يجعل نصف الدرهم التالف مثلا ، في مقابل مثله من الشيء ، ونصفه الاخر في مقابل مدّ ونصف من الثمن ، فيكون نصف المدّ في مقابل نصف مدّ والنصف الاخر في مقابل درهم ونصف وحينئذ، فكل من نصفي المبيع في مقابل ما يساوي درهمين من الجنسين معا ، فلا زيادة في الجنس الواحد .

ولعل وجهه أن أجزاء المبيع لمّا قوبلت بأجزاء الثمن على طريق الشيوع ، لم يجب أن يقع التقسيط على وجه يلزم معه المحذور، فان صيانة العقد عن الفساد مع إمكان السبيل إليه متعين ، وهو جيّد بعد وجود مرجّح له على غيره، ضرورة عدم انحصار التقسيط

الذي يتلخص به من الربا فيه ، إذ يمكن جعل ثلث الدّرهم مثلا فـي مقابل ثلث درهم من الثمن ، وثلثاه في مقابل مدّ وثلثين من المثمن ، ويجعل ثلث المدّ من المبيع في مقابل مثله من الثمن ، وثلثاه في مقابل الباقي من الدرهمين ، وهو درهم و ثلثان ، أو يجعل الربع أو ما دونه ، أو ما فوق النصف ، أو غير ذلك من الطرق التي لا ترجيح لواحد منها على الاخر .

بل قيل وعلى التقسيط يصرف كل جنس إلى ما يخالفه بل ربّما ، رجّح عليها بنصّ الاصحاب ، إلا انّك قد عرفت ما فيه ، مضافا إلى أن التحقيق مقابلة أجزاء الثمن باجزاء المثمن على الاشاعة ـ لأن المنزل عليه البيع قبل التلف مقابله المجموع بالمجموع من دون تعيين كونه على الاشاعة أو غيره ، فاذا تلف احتجنا إلى التعيين فنحتاج إلى مرجّح ، ضرورة ظهور قصد المتعاملين بمقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن على الاشاعة ، وكان الرجوع إليه في التلف وفي العيب وفي ظهور الاستحقاق وغير ذلك من المقامات ، لابتناء العقد عليه ، فظهر حينئذ أن المصحّح للبيع هو المنزل عليه عند التلف ، فحينئذ يبطل منه فيما نحن فيه على الاشاعة ، إلا أنه إذا تراضيا على ما يتحقق به الزيادة في هذا الحال لم يتحقق الرّبا ، لما عرفت من ظهور أدلته في الزيادة في نفس العقد .

ومن هنا كان لا فرق عندنا فـي ذلك بين اشتمال كلّ من العوضين على جنسين مختلفين ، وبين اشتمال أحدهما على ذلك ومقابلته بالزيادة ، وإن كان يمكن منع فرض تحقق الزيادة في الأوّل على الجنس الواحد بعد فرض الاشاعة في الاجزاء ، إلا بالتراضي منهما على ما يحصل به ذلك ، وقد عرفت عدم البأس فيه عندنا ، فلا يجب عليهما اختيار ما لا يتحقق به ذلك تخلّصا من الربا .

ـ أنه وإن تعاسرا في أفراده رجعا إلى القرعة أو الحاكم أو أن التخيير للبايع ، لان الثمن قد انتقل إليه بالعقد ، والمستحق عليه إرجاع أمر كلي فيخير فـي أفراده أو للمشتري إذا لم يكن قد دفعه إلى البايع ، أو غير ذلك ممّا لا يحتاج إليه بعد ما ذكرنا ،

ومنه يعلم مافي خيرة السيد في الرياض من وجوب التقسيط بمالا يحصل معه الربا و الله اعلم .

وكيف كان فقد عرفت مشروعية الاحتيال في التخلّص من الرّبا ، نصّا وفتوى إذ هو فرار من الباطل إلى الحق ، ﴿وقد يتخلّص من الربا﴾ أيضا ﴿بأن يبيع أحد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غير جنسها ، ثم يشتري من الآخر﴾ سلعته ﴿بالثمن﴾ الذي باع به سلعته ، ﴿و﴾ حينئذ ﴿يسقط اعتبار المساواة﴾ ، ضرورة عدم بيع كل منهما بالاخر حتى يشترط ذلك تخلّصا من الربا ، فلو باع مثلا وزنة من الحنطة بعشرة دراهم ، ثم اشترى منه وزنتين بذلك صحّ .

﴿ وكذا لو وهبه ﴾ أحدهما ﴿ سلعته ثم وهبه الاخر ﴾ الأخرى من غير معاوضة وإلا بنى الحال على اختصاص الربا بالبيع وعدمه ، ﴿أو أقرض﴾ سلعته ﴿صاحبه ، ثم أقرضه هو وتبارءا ، وكذا لو تبايعا﴾ متساويا ﴿ووهبه الزيادة﴾ إلى غير ذلك مما يخرج عن بيع المجانس بمثله متفاضلا لكن قال المصنف هنا ﴿كل ذلك من غير شرط﴾ وهو متجه في الاخير ، ضرورة حصول الزيادة باشتراط هبة الزيادة ، لما عرفت سابقا من تحقق الربا بالزيادة في العقد ولو حكما كاشتراط الأجل ونحوه ، وفي سابقه على إرادة القرض بشرط قرض الجنس الاخر ، والتباري بعد ذلك ، فإن الظاهر تحقق ربا القرض بمثل ذلك ، بل في الهبة بشرط الهبة ، بناء على عموم الرّبا للمعاوضات ، إذ الظاهر كون ذلك من الهبة المعوضة ، أما الأول وهو البيع بثمن مخصوص مشترطا عليه بيع الجنس الاخر بذلك الثمن ، فلا أرى به بأسا ، لوجود مقتضي الصحة ، وعدم المانع ، فإن أراد المصنف ما يشمل ذلك ، كان محلا للنظر ، فتأمل .

وكيف كان فلا يناقش في هذه الحيل - بعدم قصد هذه الأمور أوّلا وبالذات ، ومن المعلوم تبعية العقود للمقصود - لاندفاعها بالمنع من عدم القصد ، بل قصد التخلص من الربا المتوقف على قصد الصحيح من البيع و القرض والهبة وغيرها من العقود كاف في حصول

ما يحتاج إليه البيع من القصد، إذ لا يشترط في القصد الى عقد قصد جميع الغايات المترتبة عليه ، بل يكفي قصد غاية من غاياته ، والله اعلم .

المسألة السابعة لا ريب في أن مقتضى ما دل على حرمة الربا وفساد المعاملة المشتملة عليه ، وجوب رد الزيادة خاصة، المأخوذة بالقرض و نحوه ، ضرورة بقاؤها على ملك المالك ، معينة أو مشاعة ، فحكمها حكم غيرها من الأمور التي للغير، في الرد والصدقة ونحوهما من مسائل الأشتباه للمال والصاحب أولهما ، مما هو مقرر في كتاب الخمس و غيره من محاله ، من غير فرق في ذلك بين العلم والجهل .

وأما لو كان الربا في عقد المعاوضة ، فالمتجه حينئذ فساد المعاملة فيبقى كل من العوضين على ملك صاحبه لا الزيادة خاصة ، إذ الفرق بينه وبين القرض واضح ، و حينئذ يجري فيه ما يجري في باقي المعاملات الفاسدة ، من غير فرق أيضاً بين العالم و الجاهل إلا في الإثم وعدمه ،إذا كان غير مقصر في البحث والتفحص، ولولا أنه غير متنبه ، إلا أن الأصحاب هنا لم يفرقوا بين الموضوعين ، فأطلقوا وجوب رد الزيادة إذا كان حال تناولها عالما بالتحريم ، بل نفى بعضهم عنه الخلاف فيه، بل عن المقداد والكركي الاجماع عليه ، وهو الحجة مضافا إلى ماسمعت ، قيل: وإلى قوله تعالى(١) «فإن تبتم فلكم رؤس أموالكم» وغيرها من الآيات الاخر الناصة هي كالروايات بحرمة الربا الذي هو الزيادة لغة ، الموجبة لعدم الملكية ، فيلزم الرد مع معرفتها قدرا ومعرفة الصاحب بالضرورة،

قلت قد عرفت أن مقتضاها ذلك في الربا في نحو القرض : أما البيع فالفساد ، و على كل حال فالمتجه حينئذ كونه كغيره من الأموال المحترمة، في التصدق به عن المالك إذا لم يتمكن من معرفته ، وغير ذلك مما هو مقرر في محله ، نعم خلت نصوص المقام التي ستسمعها مع أنها في مقام البيان ، عن ذكر الحكم باخراج الخمس لو كان مختلطا بالحلال ، ولم يعرف المقدار ولا الصاحب ، بل ظاهر بعضها حل الجميع ،ولكن لم يعمل بها الا نادر من الطائفة ، ومع ذلك فظاهر سياقها الجهل بالحرمة خاصة ،

(١) سورة البقرة الاية-٢٧٩

فالعمل بالنصوص(١) المتقدمة في مبحث الخمس العامة لما نحن فيه المفتى بها في المقام أيضا أقوى منها ،و إن كانت خاصة ، وإن كان جاهلا بالتحريم لخطأ في التقليد او الاجتهاد أوغيرهما ،فالمعروف بين المتاخرين بل في الدروس نسبته إليهم ،أنه كالعالم في وجوب الردّ من غير فرق بين تلف العين وبقائها ،لإطلاق مادلّ على حرمة الربا مما هو صريح في عدم انتقاله عن المالك ، والعذر في الحكم التكليفي لاينافي الفساد الذي هو الحكم الوضعي ، و حينئذ فيجري فيه ماقلناه في العالم ، في ربا القرض وربا البيع ، و قوله تعالى (٢) «فان تبتم فلكم رؤس اموالكم» خلافا للنهاية والنافع والدروس والحدائق والرياض ومحكي الصدوق والراوندي والآبي والقطيفي والأردبيلي؛ فلم يوجبوا الردّ؛ بل عن التنقيح نسبته إلى الشيخ و أتباعه ، بل قيل أنه ظاهر الطبرسي أو صريحه وكأنه مال إليه في التحرير وحواشي الشهيد ، و لافرق في ذلك بين وجود المال و تلفه ، كما عن نهاية الاحكام التصريح به .

نعم ظاهر هم اشتراط ذلك بالانتهاء عما مضى ، بأن يتوب عمّا سلف ، وصرّح في الحدائق بصحة المعاملة في هذا الحال ، و لعله مراد الباقين ، إذ الحكم بعدم وجوب الرّدمع القول بفساد المعاملة في غاية البعد. نعم قد يقال أن محل كلامهم في رباالقرض ونحوه مماتخصّ الحرمة الزيادة - لامطلق العوض، إلاأن اطلاقهم مناف له.

وكيف كان فالعمدة في ذلك بعدالأصل قيل و إستصحاب الحكم حال الجهل إلى مابعد المعرفة ، و اختصاص أدلّة حرمة الربا كتابا وسنةـ المتبادر من السياق وقاعدة التكليف ـ بصورة العلم ، خصوصا الاية المزبورة التي هي (٣) «ياايها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقي من الربا إن كنتم مؤمنين فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله فان تبتم فلكم رؤس أموالكم» مؤيدا بماحكي من سبب النزول ،أن

---

(١) الوسائل الباب -٨- من ابواب الخمس

(٢ و ٣) سورة البقرة الاية ٢٧٩

الوليد بن المغيرة كان يربي في الجاهلية ، وقد بقي له بقايا على ثقيف فأراد خالد المطالبة بها بعد ما أسلم ، فنزلت الآية قوله تعالى (١) «فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف» المفسّر في ظاهر المحكي عن الطبرسي بأن له ما أخذ وأكل من الربا قبل النهي ، ولا يلزمه ردّه كالمحكي عن الراوندي في تفسيرها بأن له ما أكل وليس عليه ردّ ما سلف ، إذا لم يكن علم أنه حرام ، مستدلا عليه بقول أبي جعفر عليه السلام (٢) «من أدرك الاسلام وتاب عمّا كان عمله في الجاهلية وضع الله عنه ما سلف» فمن ارتكب رباً بجهالة . ولم يعلم أن ذلك محظور ، فليستغفر الله في المستقبل ، وليس عليه فيما مضى شيء ، ومتى علم أن ذلك حرام أو تمكن من علمه فكلما يحصل له من ذلك محرّم عليه ويجب عليه ردّه إلى صاحبه .

ثم قال : قال السدي : له ما سلف له ما أكل ، وليس عليه ردّ ما سلف ، فأما من لم يقبض بعد فليس له أخذه ، وله رأس المال ، لكن عن الطبرسي أنه روى الخبر المزبور إلى قوله تعالى « فله ما سلف » فيحتمل أن يكون ما بعده من كلام الراوندي ، وفي الصحيح (٣) «دخل رجل على أبي جعفر عليه السلام من أهل خراسان قد عمل بالربا حتى كثر ماله ثم إنه سأل الفقهاء فقالوا ليس يقبل منك شيء إلا أن تردّه إلى أصحابه ، فجاء إلى أبي جعفر عليه السلام ، فقصّ عليه قصّته ، فقال له أبو جعفر عليه السلام : مخرجك من كتاب الله عزّ وجلّ ، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله» والموعظة التوبة.

و قد فسرّت الموعظة بالتوبة ؛ في صحيح ابن مسلم (٤) الاخر أيضا عن أحدهما عليه السلام وفي المروي عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى (٥) عن أبيه «قال إنّ رجلا أربى دهراً من الدهر ، فخرج قاصدا إلى أبي جعفر عليه السلام يعني الجواد فقال له : مخرجك

(١) سورة البقرة الاية ٢٧٥

(٢) المستدرك ج ٢ ص ٤٧٩

(٣و٤) الوسائل الباب -٥- من ابواب الربا الحديث -٧- وتفسير العياشي ج١ ص١٥٢

(٥) الوسائل الباب -٥- من ابواب الربا الحديث -١٠-

من كتاب الله« فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله والموعظة هي التوبة ،لجهله بتحريمه ثم معرفته به ،فما مضى فحلال،وما بقي فليتحفظ» ونحوه ما عن فقه الرضا عليه السلام (١) راوياً له عن أبي جعفر عليه السلام وفي صحيح هشام (٢) «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل يأكل الربا وهو يرى أنه حلال ،قال : لايضره حتى يصيبه متعمداً فاذا أصابه متعمدا فهو بالمنزل الذي قال الله عز وجل» كقوله، عليه السلام في صحيح الحلبي (٣) «كل رباً أكله الناس بجهالة ثم تابوا فانه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبة.

وقال: لو أن رجلا ورث من أبيه مالا وقد عرف أن في ذلك المال ربا ، ولكن قد اختلط في التجارة بغيره حلالا ، كان حلالا طيبا ، فليأكله، وإن عرف منه شيأ معزولا أنه ربا فليأخذ رأس ماله وليرد الربا ، وأيما رجل أفاد مالا كثيراً فيه الربا فجهل ذلك ، ثم عرفه فأراد أن ينزعه، فما مضى فله ، ويدعه فيما يستانف» وقال أيضا في صحيح الحلبي الآخر (٤): «اتى رجل أبي فقال : إني ورثت مالا وقد علمت أن صاحبه الذي ورثته منه قد كان يربي وقد اعترف به واستيقن ذلك ، وليس يطيب لي حلاله ؛ لحال علمي به ، وقد سألت الفقهاء من أهل العراق وأهل الحجاز فقالوا : لايحل أكله من أجل ما فيه ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إن كنت تعلم بأن فيه مالا معروفا رباً وتعرف أهله ؛ فخذ رأس مالك ورد ما سوى ذلك ؛ وإن كان مختلطا ، فكله هنيئاً فان المال مالك، واجتنب ما كان يصنع صاحبه ، فان رسول الله صلى الله عليه وآله قد وضع ما مضى من الربا وحرم عليهم ما بقي ، فمن جهله وسع له جهله حتى يعرفه ، فاذا عرف تحريمه حرم عليه ، ووجب عليه فيه العقوبة إذا ارتكبه ،كما يجب على من يأكل الربا .

وسأل الصادق عليه السلام (٥) أيضا أبو الربيع الشامي «عن رجل اربى بجهالة ثم أراد أن يتركه فقال أما ما مضى فله و ليتركه فيما يستقبل، ثم قال: إن رجلا أتى أباجعفر عليه السلام فقال :

---

(١) فقه الرضا ص٧٧

(٢) الوسائل الباب ـ٥ـ من ابواب الربا الحديث ـ١

(٣و٤و٥) الوسائل الباب ـ٥ـ من ابواب الربا الحديث ـ٢ـ٣ـ٢ باختلاف يسير

إني ورثت مالا، وقد علمت أن صاحبه كان يربي وقد سألت فقهاء أهل العراق وفقهاء أهل الحجاز فذكروا أنه لا يحلّ أكله، فقال أبو جعفر عليه السلام: إن كنت تعرف منه شيئاً معزولا وتعرف أهله وتعرف أنه ربا فخذ رأس مالك ودع ما سواه وإن كان المال مختلطاً فكله هنيئا مريئا، فإن المال مالك، واجتنب ما كان يصنع صاحبك، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قد وضع ما مضى من الربا، فمن جهله وسعه أكله، فإذا عرفه حرم أكله، فإن أكله بعد المعرفة وجب عليه ما وجب على آكل الربا» لكن لا يخفى عليك أن ما في جملة من هذه النصوص لا يطابق القول بالعفو مع الجهل مطلقا.

نعم ظاهرها منطبق على المحكي عن ابن الجنيد قال «من اشتبه عليه من الربا لم يكن له أن يقوم عليه إلا بعد اليقين بأن ما يدخل فيه حلال، فإن قلّد فيه غيره، أو استدل فأخطأ، ثم تبيّن له أن ذلك ربا لا تحل له، فإن كان معروفا ردّه على صاحبه، وتاب إلى الله، وإن اختلط بماله حتى لا يعرفه، أوورث مالا يعلم أن صاحبه كان يربي، ولا يعلم الربا بعينه فيعزله، جاز له أكله والتصرف فيه، إذا لم يعلم فيه الربا.

اللهم إلا أن يدعى ظهور صحيح الحلبي منها المشتمل على تعليل حلّ أكل الربا المختلط بوضع الرسول صلى الله عليه وآله ما مضى منه، في أن المراد بما مضى نفس الربا في حالة الجهل مطلقا؛ ومنه حينئذ يظهر صحّة تفسير الاية بما عرفت، كما هو أيضاً ظاهرها.

وبالجملة فيحمل الأمر بالردّ حينئذ مع التميز والعزل لذلك على الاستحباب، وأما الجمع - بحمل الأمر على ظاهره، وتقييد الأدلة المتقدمة الدالة على إطلاق الأباحة بصورة الخلط - فيدفعه عدم التكافؤ بسبب الكثرة والاعتضاد بفتوى من عرفت، مضافا إلى ظهور سياق المعتبرة في عموم الإباحة حتى لصورة التمييز والمعرفة، فلاريب حينئذ في أولوية صرف الأمر عن ظاهره إلى الاستحباب من ذلك هذا.

ولكن لا يخفى أنه لا يصلح للفقيه الجرئة بمثل هذه النصوص التي لا يخفى عليك إضطرابها في الجملة، وترك الاستفصال فيها عن الربا أن صاحبه كان جاهلا بحرمته أو عالما،

والأمر فيها بالتوبة مع عدم الذنب حال الجهل الذي يعذر فيه ، بل قد اشترط في الاية الحل بها وحمله على الجهل الذي لا يعذر فيه ، ينافيهما في خبر الباقر عليه السلام (١) السابق من إلحاق مثله بالعالم وترك الاستفصال فيها عن الربا في القرض والبيع ، وقد عرفت الفرق بينهما ، وغير ذلك على مخالفته الضوابط السابقة ، والاقدام على حلّ الربا الذي قد ورد فيه من التشديد ماورد .

وقد نزّه ابن ادريس حمل كلام الشيخ على ذلك، فضلا عن النصوص ، فإنه بعد أن حكى عن الشيخ في النهاية قوله « فمن ارتكب الربا بجهالة ولم يعلم أن ذلك محظور فليستغفر الله ، وليس عليه فيما مضى شيء؛ ومتى علم أن ذلك حرام ثم استعمله فكلما يحصل له من ذلك محرّم عليه ، ويجب ردّه على صاحبه ، قال: « المراد بذلك ليس عليه شيء من العقاب بعد استغفاره ، لأن المراد بذا أنه ليس عليه شيء من ردّ المال الحرام ، بل يجب عليه ردّه إلى صاحبه بقوله تعالى(٢) «فان تبتم فلكم رؤس اموالكم» فأما قوله(٣) «فمن جاءه موعظة» إلى آخره فالمراد والله أعلم فله ماسلف من الوزر وغفران الذنب ، وحق القديم سبحانه بعد انتهائه وتوبته ، لأن إسقاط الذنب عند التوبة تفضّل عندنا ، بخلاف ما يذهب إليه المعتزلة

وقيل في التفسير ذكره شيخنا في التبيان ، (٤) وغيره من المفسرين ، أن المراد بذلك ما كان في الجاهلية من الربا بينهم فقال: «فمن جائه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف» فأما ما يجري من المسلم فيجب ردّه على صاحبه، سواء كان جاهلا بحاله ؛ غير عالم بانه محرّم ، أو كان عالم بذلك ، فإنه يجب ردّ الرّبا على من أربى عليه من المسلمين جميعا ، فلا يظنّ ظان ولا يتوهم متوهم على شيخنا فيما قال : غير ما حرّرناه ، وتبعه في حمل الاية وبعض النصوص على أحد الأمرين العلامة في المختلف .

---

(١) الوسائل الباب -٥- من ابواب الربا الحديث -٧

(٢و٣) سورة البقرة الاية ٢٧٩ ص ٢٧٥

(٤) تفسير تبيان ج٢ ص٣٦٠ المطبوع في النجف الاشرف.

يمكن وحمل بعض النصوص على العلم بأن الميت كان يربي وإن لم يعلم في خصوص المال منه شيئا ، وعلى أنه مجهول المالك، وقد أباحه الامام عليه السلام له أو على أنه من الشبهة الغير المحصورة أو غير ذلك ، بل في المحكي عن كشف الرموز أنه يمكن أن يقال أن من ادعى اليوم في الاسلام جهالة تحريم الربا لا يسمع منه، فيحمل النص والفتوى على أول الإسلام، وقد حكاه هو أيضا عن صاحب الشرايع .

قلت: لا يخفى قوة كون المراد بالآية العفو عما سلف في حال الجاهلية ، نحو قوله تعالى(١) « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف» وغيره مما هو وارد مورده ، ومن هنا إدعى الفاضل المقداد في المحكي عن كنزه صراحة الايتين في أنه لا يجب ردّ الربا مع الجهل السابق على نزول التحريم ، ثم قال : «إنه قرار يجب الردّ مع الجهل والعلم، ثم إنه جمع بين الكلامين بأنه لا يجب على الكافر ردّ ما أخذ حال كفره ، إلا أن يكون عينه موجودة، وأما المسلم فيجب عليه الردّ مطلقا، سواء علم بالتحريم أو لم يعلم، وإن كان قد يناقش فيه بأن الظاهر عدم وجوب الرد على الكافر وإن كانت العين موجودة. نعم ليس له قبضه كما أنه قد يناقش في وجوب الرد على المسلم بعد تلف العين ، لإمكان القول بأنه قد سلّطه المالك عليها ، بل قال بعض مشايخنا في تأييد القول بالعفو مع الجهل، إن الدافع قد أباح للقابض هذه الزيادة ، لأنه إن كان عالما فظاهر ، وإن كان جاهلا فكذلك ، لأنه دفعها على التراضي مبيحا لها ، غاية ما في الباب أنها لو بقيت وأراد الرجوع بها رجع ،وليس هذا التراضي منوطا بوجه مخصوص ، حتى يكون كالتراضي في العقد الفاسد ، فتكون الإباحة مشروطة بصحة العقد، في الواقع وسلامة المقابل ، وصريحه أن القائل بالعفو معترف بالفساد في هذا الحال ، خلاف ما سمعته سابقا من صاحب الحدائق .

لكن فيه أن القول بالعفو عنه أشد مخالفة للقواعد والضوابط خصوصا في ربا البيع

ومن الغريب دعوى عدم تقييد الإباحة بذلك، والفرض أنه مادفعه إليه إلا بعنوان الاستحقاق بالمعاملة الربوية، ومنه ينقدح دفع المناقشة الاخيرة، وأن المتجه الضمان مطلقا مع وجود العين وتلفها، كما حكاه في الدروس عن المتاخرين وهو كذلك، وقد بان لك من ذلك كله أنه لاريب في أن الأحوط إن لم يكن الأقوى اجتناب ذلك كله، على أن النصوص المزبورة ظاهرة في معذورية من تناول الربا جهلا، وهو شامل لما إذا كان الطرف الاخر عالما مع أن المعاملة حينئذ فاسدة قطعا، لحرمة الربا وفساد المعاملة بالنسبة إلى العالم، وذلك يقتضي فسادها بالنسبة إلى الجاهل، فلابد من التزام أمور عظيمة حينئذ بالنسبة إلى حل مال الغير في يد الاخر وعدم جواز أخذه لمالكه مع وجود عينه، وغير ذلك مما يصعب التزامه. وأيضا الجاهل الغير المعذور الذي قد تاب، مندرج في قوله تعالى(١) «فإن تبتم فلكم رؤس اموالكم» ومنه ينقدح الإشكال في النصوص المزبورة المشتملة على تفسير الموعظة بالتوبة مضافا إلى ظهور الاية وغيرها أن المراد «من جائه موعظة من ربه فانتهى» أي امتثل ما جاء من ربه من النهي فهو ظاهر في أول النزول والله العالم.

---

(١) سورة البقرة الاية ٢٧٥

إلى هنا تم الجزء الثالث والعشرون من كتاب جواهر الكلام بحمدالله

والمنه و قد بذلنا غاية الجهد في تصحيحه ومقابلته للنسخة

المصححة على النسخة الأصلية المخطوطة المصححة

بقلم المصنف طاب ثراه ويتلوه الجزء الرابع

و العشرون إن شاء الله تعالى

في بيع الصرف وأحكامه

علي الاخوندي

فهرس الجزء الثالث والعشرون

من كتاب جواهر الكلام

جدول الخطأ والصواب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٦	٧	الوكيل	الوكيلين
١١	١٠	الختيار	الخيار
٣١	١٦	ينعق	ينعتق
٤٢	٣	الظرار	الضرار
٤٢	١٢	الظرار	الضرار
٥٦	٢	انهيلوح	مع أنه يلوح
٥٩	١١	بماذيل	بمافى ذيل
٦٠	٢١	منضنه	مضنة
٦٥	١٣	لاتعليل	لاتعليلية
٦٦	١	وربما	ومن هنا
٧٥	٥	عنهالتامل	عندالتأمل
٨٤	١٣	يقضيان	يقضيان بأن
١٠٥	١٩	سابها	شابهها
١٥٠	١١	الاعتار	الاعتبار
١٥٦	١٢	ظاهرأن	ظاهرفى أن
١٦٥	٣	فيشتراه	فيشتريه
١٦٥	٧	أثتريته	اشتريته
١٦٥	١٠	أثترى	اشترى
١٦٨	٨	أثترى	اشترى
١٧٢	١٠	منالامر	من أنالامر
١٧٥	١	أوالمحال	أوالمال المحال
١٧٥	١٢	)ف(ىان)	(ف) ىان (
١٨٧	١٣	خلاف بعته	خلافيعتد
١٨٨	١٤	فندرج	فيندرج
٢٠٨	١	تزلزله	فىتزلزله
٢٠٨	١٠	منع	منوضوح منع
٢٠٩	١٢	لكون معصيته	لكونه معصية
٢٢٤	٤	لان ذلك	لأنذلك
٢٤٠	٩	يكنرده	يكن لهرده
٢٥٣	٢٠	سال	سئل
٢٥٦	٩	ومن الاوليه	ومنالاولوية
٢٦٤	٦	سمت	سمعت
٢٦٩	٩	بناء اصالة	بناء علىاصالة